القطعة الثانية من شرح المهذب

رجب سنة ١٢٢٣

روى ابو ... قال ان الله الحق سبحانه وتعالى ... ان الله ... لا اله الا الله ... الحلو منه
تعالى وقال من ... سبحان الله الابدي الا بد سبحان الله الواحد الاحد سبحان الله الفرد الصمد ... اليه رافع السما
بغير عمد سبحان من لم يتخذ صاحبة ولا ولد لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوا احد ... من السبح ٥
حاشيه العضبا المكسورة القرن في ذوات القرون وفي النوق المشقوقه الاذن ولم تكن العضبا مشقوقه الاذن ولكنه لقب لها كما كان يعفور
لقب الحمار وغير ذلك هذا كله لفظ عبد الغافر في المفهم ومعنى الغريبين ٥ حاشيه كانت العضبا للاسبي العقيلي الذي فاداه النبي عليه السلام
برجلين من اصحابه اخذت معه من احد فقاداه النبي برجلين من اصحابه وحبسها لرحله وكانت من سوابق الحاج من سنن ابي داود ٥ ذكر الشيخ ابو اسحق
في المسابقه حيث قال وان كانت المسابقه بين حزبين الى اخر كلامه قال الفقيه علي بن قاسم والفقيه ابرهيم بن علي بن عجيل هذا لا يتصور الا بين حزبين من اثنين ووقف
الفقيه احمد بن موسى بن عجيل على ذلك وحشاه في كتابه ولم يعترض على ما قالا ٥ قال الفقيه علي بن احمد بن عبد الله الصريدح عافاه الله تعالى والذي يتبين لي من
كلام الشيخ ابي اسحق ان مراده في الترمي والمسابقه بين الخيل ونفهم من ظاهر كلامه جواز ذلك ويستقيم ذلك على الوجه الذي يقول نقسم ما
المسابقه بين الناضلين بالسويه ولا حاجه الى حمل كلام الشيخ على الحزبين المتراميين والله اعلم ٥ اذا سمع صوت من قريه فيها قاض او فقيه او بلد فيه احدهما
بان غدا من رمضان فهل يجب على من سمعه الصوم ام لا ٥ الجواب والله اعلم انه يجب عليهم الصوم بذلك لان هذا يحصل علمه ليلا فلا يسلع الى الجهات التي فيها الناس
الا بصوت او طبل او بهما معا وكذلك اذا راه اهل موضع او واحد ولم يشهد عند القاضي بم دعا الناس ان غدا من رمضان فهل يجب على من سمعه
الصيام او علمه ام لا حتى يشهد عند القاضي ٥ والجواب انه يجوز الصيام وفي الوجوب خلاف وقطع في الاحيا بوجوبه واذا ثبت هلال في بلد تعدى
الى دون مسافه القصر وهل يلزم من على مسافه القصر او اكثر فيه خلاف ولو بلغ صوت من موضع فيه قاض وبان بعد مضي اليوم انه ليس من القاضي
او من موضع ليس فيه قاض ثم بان انه لم يكن من ذلك الموضع بعد مضي اليوم وهم صيام فان بان انه من رمضان اجزاهم صومه من رمضان وان بان انه
ليس من رمضان فلا اثم عليهم ... ولا يبطل صومهم لانهم صاموا بنيه من الظن واجزاهم ان بان انه من رمضان ولم ياثموا ان بان انه ليس من
رمضان وهذا الظن الذي ظنوه ظنهم انه من القاضي او من جماعه او من غلب على ظنهم ذلك على الصوم وفي العرف والعاده ان ابلاغ الصوت ومن الطبل
طريق الى العلم بالحادث والحاجه ونظيرها صوت المؤذن لمن لم يعلم دخول الوقت ولم يخبر حال المؤذن فانه يصلي على اذانه والله اعلم جواب الفقيه الصالح
قوله صلى الله عليه وسلم موتوا ان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ٥ اذا قيل الارض لله فلم قال ولرسوله قلنا الارض لله لا غير وذكر الرسول ها هنا
للتبرك كجمع الاسمين لا ... كقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول فذكر الله في الاية للتبرك فاذا قيل فما معنى قوله فهي لكم مني قلنا
معناه ثم هي لكم مني حكما ٥ فان قيل فلم اختص به المسلمون دون اولاد ادم كافه قلنا لانه خرج مخرج الامتنان واقتنانه عليه السلام على
من امن به دون من كفره كان في ابتدا الاسلام لا يصلي رسول الله صلى الله عليه وسلم على من مات وعليه دين لا وفاء له وفي الخبر ان جنازه
وضعت بين يديه فقال هل على صاحبكم من دين فقالوا نعم درهمان وفي بعض الاخبار ديناران فقال هل خلف وفا قالوا لا قال صلوا على صاحبكم فقام
ابو قتاده فقال هما علي يا رسول الله وانا لهما ضامن فصلى عليه وانما كان لا يصلي لان جبريل اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الدين
يمنع الجنه والشهاده وكان لا يجوز ان يستغفر لمن علم انه لا تستجاب دعوته له واما غير رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز له ان يدعو
لغيره استجيبت دعوته او لم تستجب وهذا كان في اول الاسلام ثم نسخ واذن له في الصلوه سوا كان على الميت دين او لم يكن من شرح
التلخيص لعطاه وان كان الولي لا يملك الاجبار فهل يملك التوكيل في التزويج بغير اذنها بعد استيذانها في التزويج وجهان احدهما وهو قول ابي
علي بن ابي هريره انه لا يصح توكيلها الا باذنها والثاني وهو قول الشيخ ابي اسحق انه يصح ٥ وان وكل في تزويجها قبل ان تاذن له في تزويجها فهل يصح
النكاح حكى فيه وجهان احدهما لا يصح من الشاشي لعطاه فصل الاعيان المضمونه مثل المغصوب والعاريه هل يصح ضمانها عن من هي في يده وجهان
احدهما يصح ضمانها وبه قال ابو حنيفه واحمد لانها مضمونه على من هي في يده فهي كالحقوق الثابته في الذمه والثاني لا يصح ضمانها لانها غير ثابته في الذمه
وانما يصح ضمان ما كان ثابتا في الذمه ووصفنا اياها بانها مضمونه انما معناه انه يلزمه قيمتها بتلفها والقيمه مجهوله وضمان المجهول لا
يجوز ولانها غير واجبه ايضا وحكي عن ابي العباس انه قال فيها وجهان بنا على كفاله البدن واذا تلفت العين فهل عليه غرمها فيه
وجهان بنا على المكفول به اذا مات فاما الثوب يدفعه الى القصار او الى الخياط فان قلنا انه امانه لم يصح الضمان عنه وان قلنا انه مضمون
ففي الضمان وجهان من شرح عطاه وهذا جمله هذا الفصل فيه وهذا جمله كلامه على هذا الجنس ٥ مسله قال الشيخ رحمه الله لان الديون الموجله في الشرع
مقدره بالسنه وهي الديه والجزيه وبهذه المسله تكون دليلا لم يصورا الا واسط في مسله الوصايا بمده الامهال من يوم التنجيم دون مده
الاجال من يوم العقد والله اعلم اراد بقوله اعتقوا اي اعتقوا بالوصيه من لعطاه نظير هذه العباره قول الشيخ ابي اسحق ووقف على
جماعه من اقرب الناس اليه ٥

في كتاب الصلح في السند ... استهدام الكلام ... باسره وعلى قوله لا يجبر الحب عليه ان نصيب صاحبه وهو ما بين قيمته مستهدما ...
على المدعي ان يسعى ويبذل وسعه والمبرا ... ان تقضي مطالبته ٥
وان اختلفت قيمه المبيع من حال العقد الى حال القبض فوم باقل القيمتين وصوره ذلك ان يقال قيمته سليما وقت ... فيه مايه وقيمته معيبا تسعون
فيعلم ان قيمه الجز الفايت عشره ثم يقال قيمته وقت القبض سليما ثمانون وقيمته معيبا ستون فيعلم ان قيمه الجز الفايت عشرون فتضم العشرون
وهو اكثر قيمتي الجز الفايت الى الثمانين وهو اقل قيمتي المبيع ويرجع به المشتري من الثمن والله اعلم ٥ مسله اذا وكل من يبيع عبدا لم يره ثم
قايل المشتري بان ... يصح الاقاله ام لا مع ان الغزالي قدس الله روحه قال في اختلاف المتبايعين ان الفسخ يرد على القيمه على احد الوجهين ٥
والجواب والله اعلم ان الاقاله تصح بنا على المذهب الجديد ان الاقاله فسخ وهو مذهب الشيخ ابي اسحق وترد الاقاله على العين ان خليت عن
الموانع كالاباق والرهن والكتابه كما ذكره الغزالي في البيع بعد الفسخ بالتخالف ... فلا فرق بين الفسخ بالتخالف وبين الفسخ بالاقاله ٥
السوال للفقيه علي بن صالح والجواب للفقيه ... بن علي الحضرمي ٥ اذا ابراه من الثمن في مده الخيار فهل يفيد هذا الابرا ام لا فيه وجهان فان قلنا لا يفسد
العقد حاله ولا كلام وان قلنا يفسد وهو الصحيح فهل فايدته اسقاط الثمن والعقد حاله او رفع العقد فيه وجهان فاذا قلنا ... فسخ العقد وهو الصحيح
فهل ينقلب هبة ام يبطل اصلا فيه خلاف كما ذكره ... هذا المعنى ما هو ٥ اذا اكترى ارضا لحنطه فزرعها ذره ففيه قولان احدهما
المسمى وما نقص والثاني له الفسخ والمطالبه باجره المثل وكذا الواسع ... عليه قطنا فحمل عليه حديدا او القولان تقربان من ابه اذا غصب دنانير واتجر
فيها وربح ففيه قولان احدهما ان العقود كلها فاسده والمغصوب منه عشره دنانير ومثلها لا عن والقول القديم ان له ان يجيز تلك العقود التي عقدها
الغاصب ويحصل له اصل دنانيره مع الارباح من الابانه ٥ مسله اذا كان الصداق عبدا فاجر جاريتها المراه ثم طلقها قبل الدخول قال ابن الصباغ
في الشامل لم يكن له فسخ الاجاره وكان له الرجوع في نصف القيمه لان حقه من منافعه ساجل ان رجع في العين ... فيه واصبر حتى تنقضي الاجاره
قال اصحابنا السابق ذلك لانه يكون مضمونا عليه ... ان يقول انا اقبضه وارده الى المستاجر اما الله فله ذلك لانه لا ضرر ٥٥ فرع
اذا اصدقها تعليم سوره وهو لا يحفظها ... فان كان قال انا احصل لك تعليمها بسواه جاز ... كما يجوز ان يستاجر
لا يحسن الخياطه ليحصل الخياطه وان قال على ان اعلمك ففيه وجهان احدهما يجوز لان هذه المنفعه تكون في ذمته وان كان لا يقدر عليها في الحال
كما يصدقها مالا في ذمته وهو لا يقدر عليه والثاني لا يجوز وهو الصحيح لانه يعين لفعله وهو لا يقدر عليه في الحال فهو بمنزله من يستاجره ليخيطه وهو
لا يحسن الخياطه ٥ وخالف المال لانه لا يتعين فهو بمنزله تحصيل العمل هذا كله لفظ ابن الصباغ ... وهذا جمله كلامه على هذا المعنى وهذا الفرع ... ٥
في الرد بالعيب وان اختلفت قيمه المبيع من حين العقد الى حين القبض قوم باقل القيمتين لانه ان كانت قيمته وقت العقد اكثر ثم نقص كان ما نقص في
يده مضمونا عليه وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز ان يقوم على البائع فوله على البائع صوابه على المبتاع او يكون زائدا في الكلام ...
مع عدمه من جهه المعنى ولا يخلو هذه الكلمه من احد هذين المعنيين اما ان يكون زائده او مقلوبه وحقيقه حكم المسله ... على وجه
الاختصار ان يعتبر اقل قيمتي العين بعد الجز الفايت بالعيب والمعلل لا جاهدا او ما قال واما الجز الفايت بالعيب فيعتبر اكثر قيمته من وقت العقد
ووقت القبض ان اختلفا وتضم الى اقل قيمتي العين بعد ... ويرجع المشتري بما يخصه من الثمن وانما يفعل رفقا بالمشتري فانه اذا اعتبر
قيمه الجز الفايت بكثرها ما يرده من الثمن واذا اعتبر قيمه العين قل ما يلزمه من الثمن وانما ... والرفق به المعلل الذي تقدم هذا شرح هذه
المسله من جهه الفقيه ابرهيم بن علي بن عجيل ٥ قول الشيخ في الاحيا لانه يضر بالحاجز الذي بينهما في الارض او حاجز بينهما وملك كل
واحد منهما متصل بملك الاخر ٥ الجواب والله اعلم ان ذلك يجوز في العباره لا عيب والمراد انه يفسد الطريق المنفصلين وكانه لم يبق
بينهما الا لقله ذلك الطريق فكانهما غير معد ودين من المكرين لقلته وان كانا في الحقيقه من المكرين ٥ مسله قال الشيخ رحمه الله
لان الديون الموجله في الشرع مقدره بالسنه وهي الديه والجزيه وهذه السنه تكون دليلا لمن ... الواسط في مسله الوصايا بمده
الامهال من يوم التنجيم دون مده الاجال من يوم العقد والله اعلم اراد بقوله اعتقوا اي اعتقوا بالوصيه من ... لعطاه نظير هذه
العباره قول الشيخ ابي اسحق ووقف على جماعه من اقرب الناس اليه ٥ الورد من مكاسل ... ويسع اربعه وعشرين صاعا
والقفيز ستة عشر من ٥ وليس من السوم المنهي الزياده اذا عرضت ... لانها معرضه للزياده وانما النهي عن السوم بعد
استقرار الامر بينهما ٥ فرض ... من صدقه مره قيل لان المستقرض يتحقق الحاجه والصدقه قد تصادف غير محتاج لان المسله
لا يستقرض الا من حاجه والغالب ... ذلك وانما كان كذلك لان في القرض يقع له الثلاثه المستقرض الاول والمستقرض الثاني
والقرض العود اليه بخلاف الصدقه فانه يقع بها من يتصدق عليه مره واحده من الثمره ٥ سيل ابن عباس عن بيع المصاحف فقال لا
باس انما ياخذون اجور ايديهم معناه ان الثمن كانه واقع موقع الاجره وكانه يقول ما حصل لهم من الثمن في ... الكتبه والورق والمداد
الذي يتوصل بهم الى معرفه كلام الله ... كلام الله صفه قديمه لا يقع عليها فرع ...
... يا احد يا صمد يا وتر قال مقاتل من كانت له حاجه فدعا بهذا الدعا مايه مره قضى الله حاجته ٥ وصلى الله على سيدنا محمد وسلم ٥

مسألة إذا اشترط في المسابقة من غلب أطعم أصحابه فسد العقد ومن أصحابنا من خرج أنه لا يفسد العقد وهو قول أبي حنيفة دليلنا أنه شرط فيه ما يمنع كمال التصرف فإذا أبطل الشرط بطل العقد كما لو باعه ما لا بشرط أنه يطعم أصحابه قالوا عوض في عقد يصح من غير عوض فلا يبطل بهذا الشرط كالوا صدقها القا على أن تكون نصفها لأبيها فأما من أصحابنا من نقل جوابه في السبق إلى الصداق وجوابه في الصداق إلى السبق وجعلهما على قولين وإن سلم فلأن المهر أكمل الأثرى أنه ثبت من غير شرط ويصح العقد مع الجهل بالصداق ولا يصح المسابقة من البيت لفظا وهذا جميع المسألة فيه۵ ما الاختيار من القولين في إجبار الشريك في الحائط إذا امتنع من البناء معه مع صاحبه الجواب إن أفتى ... قولين إن كان الجبر والاختيار أن يلاحظ القاضي أحوال المتخاصمين فإن ظهر له أن امتناع الثاني لفقر أو غرض صحيح لم يجبره وإن علم أنه يكاد أحمره وإن شك فيه ترك الإجبار فهذا التفصيل هو الأجمع للمصالح من فتاوى الغزالي المعروفة بالمائة والتسعين لفظا۵ يجوز للوكيل استيفاء القصاص في غيبة الموكل على الصحيح من المذهب من الرضى لفظا۵ مسألة قال الشيخ أبو إسحق والحوابي هو أن يشرط إصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر فيفضل له بعد ذلك ما اشترطا من العدد كان له السبق قال أصحابنا هذا نوع من المحاطة وإنما الحوابي هو أن يمر السهم مع الأرض ويصيب الغرض وقال ابن الصباغ الحوابي هو أن يقع السهم من يدي الغرض ثم يحبو إليه ومنه يقال حبا الصبي إذا شب هذا ذكر الشيخ فيما فرع عليها قال في الحوابي ابن البنا فيقال وحكى عن بعض الرماة أنهما إذا أصابا على العرض لم يتقايسا قال والقياس أن يتقايسا على قياس الذي أراد إنما على الغرض هاهنا قال والجواب أنه أراد بذلك ما فوق الغرض من الهدف ولم يرد رأس الغرض بنفسه هذا كله الشيخ عن ابن الحكم في مسألة وهذا حمله كلامه على هذه المسألة وكلام أبي علي الطبري في الإفصاح وكلام الشاشي في الحلية نحو كلام الشيخ أبي إسحق في الحوابي من غير زيادة۵ قال الفقيه الصالح أحمد بن موسى بن عجيل رحمه الله تعالى وجدت هذه المسألة بخط الشيخ الإمام يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني رحمه الله وحكى أنها نازلة وهي رجل بيده نقرة فتلفت في يده بغير تفريط فقال من تلفت في يده النقرة استأجرتني على رعيها بكذا وأنا أستحق عليك الأجرة فقال المدعى عليه بل تعديت لك ثمن ... وأنا أستحق عليك وأقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ... والجواب أنهما تتعارضان وتسقطان على أصح القولين ويحلف كل واحد منهما لصاحبه يمينا واحدة على نفي ما ادعى به عليه وسقط الثمن والأجرة ويحلف على الذي تلفت بيده ... في القبض الضمان وإن حلف من تلفت بيده الدابة أنه ما اشتراها ونكل الآخر أنه ما استأجره حلف الأجير أنه استأجره ووجبت الأجرة وسقط عنه ضمانها وإن حلف المدعى عليه الأجرة أنه ما استأجره ونكل من تلفت بيده أنه ما اشتراها حلف مدعي البيع أنه باعها منه ووجب له الثمن الذي حلف عليه ولم يجب له القيمة والله أعلم۵ مسألة إذا اشترى الزرع الأخضر بشرط القطع ولم يقطع حتى سنبل الزرع فإن السنبل يكون ملكا للبائع بخلاف الثمرة إذا لم يبد فيها الصلاح واشتراها بشرط القطع فلم يقطع وزادت فإنها تكون ملكا للمشتري لأن الزيادة في الثمرة هو من بعض الثمرة وهي مملوكة للمشتري وكانت الزيادة ملكا له والزيادة في الزرع هي من الأصل والأصل ملك البائع وكانت الزيادة له فإذا ثبت هذا ولو تقطع الزرع حتى حملت الزيادة كان الحكم في انفساخ البيع كالحكم فيمن اشترى جزة من الرطبة فلم تقطع حتى طالت فإن أراد حيلة في تصحيح البيع وحصول الثمرة له فليشتر بشرط القطع حتى يكون الأصل له ملكا وإذا بقي الزرع في الأرض حتى سنبل إما بالاستئجار أو بالإعارة كانت الثمرة للمشتري ذكره أبو علي في شرح المختصر والله أعلم۵ مسألة ولو باع الأصول فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر إذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري هذه عبارة الرافعي رحمه الله وحكى بعض أئمتنا المتأخرين عن التتمة أنه لو اشترى زرعا بشرط القطع فلم يأخذ حتى زاد فالزيادة للبائع حتى لو سنبل تكون السنابل للبائع إلا أن يشتريه بشرط القلع ثم يأخذ القلع فالزيادة للمشتري لأنه ملك أصل الزرع الذي يخرج منه الزيادة بخلاف ما إذا اشترى الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع وتأخر القطع حتى زادت فإنها زيادة صفة كالسمن والله أعلم۵ إن كان العضل بأولم يفسق أو كان بعذر بأولم يفسق ومحتما أن لا يصح بعقد لحين وجه ما لم يظهر توبته من البيت لفظا۵

الجزء الثاني من كتاب المهذب في الفقه

تأليف الشيخ أبي إسحق إبرهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي رحمه الله تعالى

على مذهب الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي

المطلبي رحمه الله عليه آمين۵

ملك العبد الفقير إلى رحمة الله عز وجل محمد بن إبرهيم بن محمد بن عثمن الوزيري تغمده الله برحمته وأعانه على حفظ معانيه ووفقه لما يحبه ويرضيه بمنه وإيادبه۵

آمين آمين والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم۵

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وتعلم واستفاد أعظم تعالى أجره يوم التناد

حرره الفقير أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف الحرمين الشريفين غفر لهما

بعون الله

كان علي بن أبي طالب كرم الله وجهه إذا رأى الهلال قال أيها الخلق المطيع الدائب السريع المتردد في منازل التقدير المتصرف في فلك التدبير آمنت بمن نور بك الظلم وأوضح بك البهم وجعلك آية من آياته وعلامة من علامات سلطانه وامتحنك بالزيادة والنقصان والطلوع والأفول والإنارة والكسوف في كل ذلك أنت له مطيع وإلى أمره سريع جعلك الله هلال بركة لا تمحوها الأيام وطهارة لا تدنسها الآثام هلال أمن من الآفات وسلامة من السيئات هلال سعد لا نحس فيه ويسرا لا عسر فيه وخيرا لا يشوبه شر هلال أمن وإيمان ونعمة وإحسان اللهم اجعلنا أرضى من طلع عليه وأزكى من نظر إليه وأسعد من تعبد لك فيه ووفقنا فيه للتوبة والنسك وثوب العافية وأوزعنا شكر النعمة ثم الدعاء۵ أخبرنا الربيع أنا الشافعي رحمه الله تعالى أنا مالك قال حدثني أبو الزناد عن سليمان بن يسار أن نفيعا مكاتبا لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فذهب إليه فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك من مسند الشافعي رحمه الله لفظا۵ نا أحمد بن عبد الله الغداني نا الوليد بن مسلم نا سعيد بن عبد العزيز عن سليمان بن موسى عن نافع قال سمع ابن عمر مزمارا قال فوضع إصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئا قال فقلت لا قال فرفع إصبعيه من أذنيه وقال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا قال أبو داود وهذا حديث منكر۵ نا محمود بن خالد نا أبي نا مطعم بن مقدام نا نافع قال كنت ردف ابن عمر إذ مر براع يزمر فذكر نحوه۵ قال أبو داود أدخل بين مطعم ونافع سليمن بن موسى۵ نا أحمد بن إبرهيم نا عبد الله بن جعفر الرقي قال نا أبو المليح عن ميمون عن نافع قال كنا مع ابن عمر فسمع صوت مزمار فذكر نحوه قال أبو داود وهذا أنكرها هذا كله لفظ أبي داود في سننه وهذه جملة الروايات التي فيها ذكر الزمر الذي سمعه ابن عمر من سنن أبي داود۵ مسألة قال الشافعي ولو قاسم وبنى قبل الشفيع ثم أثبت ... الشفيع بالثمن وقيمة البناء اليوم أو يدع وجملة ذلك أن الشافعي ذكر أن المشتري إذا قاسم وبنى ... فيه أو غرس ثم طالبه الشفيع بالشفعة ... وغيره على الشافعي وقالوا كيف تصح المقاسمة مع بقاء الشفعة وذكر أصحابنا تصوير ذلك في أربع مسائل إحداهن أن يظهر له المشتري أنه اشترى ... الشفعة وقاسم المشتري ... ثم ... بعد ذلك ... الثالثة أن يظهر له أنه اتهب ... فقاسمه الشريك ... أو غرس ثم بان أنه اشترى۵ الثالثة إذا وكل وهو ... الشهر من

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله وبه استعين رب العالمين وحده وصلواته على محمد واله وصحبه وسلم

كتاب البيوع

البيع جائز والاصل فيه قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار فاما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه تصرف في المال فلم يفوض الى الصبي والمجنون كحفظ المال فاما المكره فانه ان كان بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فدل على انه اذا لم يكن عن تراض لم يحل الاكل وروى ابو سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما البيع عن تراض فدل على انه لا بيع عن غير تراض ولانه قول اكره عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر اذا اكره عليها المسلم وان كان بحق صح لانه قول حمل عليه بحق فصح ككلمة الاسلام اذا اكره عليها الحربي

فصل ولا ينعقد البيع الا بالايجاب والقبول فاما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لان اسم البيع لا يقع عليه والايجاب ان يقول بعتك او ملكتك او ما اشبههما والقبول ان يقول قبلت او ابتعت او ما اشبههما فان قال المشتري بعني فقال البائع بعتك انعقد البيع لان ذلك يتضمن القبول وان كتب رجل الى رجل ببيع سلعة ففيه وجهان احدهما ينعقد البيع لانه موضع ضرورة والثاني لا ينعقد وهو الصحيح لانه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره وقول القائل الاول انه موضع ضرورة لا يصح لانه يمكنه ان يوكل من يبيعه بالقول

فصل واذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والامضاء الى ان يتفرقا او يتخايرا لما روى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما للاخر اختر والتفرق ان يتفرقا بابدانهما بحيث اذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه لما روى نافع ان ابن عمر كان اذا اشترى شيئا مشى اذرعا ليجب البيع ثم يرجع ولان التفرق في الشرع مطلق فوجب ان يحمل على التفرق المعهود وذلك يحصل بما ذكرناه وان لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر او غيره لم يسقط الخيار لان ذلك لا يسمى تفرقا واما التخاير فهو ان يقول احدهما للاخر اخترت امضاء البيع او فسخه فيقول الاخر اخترت امضاءه او فسخه فينقطع الخيار لقوله صلى الله عليه وسلم او يقول احدهما للاخر اختر فان خير احدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسؤول وهل ينقطع خيار السائل فيه وجهان احدهما لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته اختاري فسكتت فان خيار الزوج في طلاقها لا يسقط والثاني انه ينقطع لقوله صلى الله عليه وسلم او يقول احدهما للاخر اختر فدل على انه اذا قال ذلك سقط خياره ويخالف تخيير المراة فان المراة لم تكن مالكة للخيار فاذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فاذا سكتت بقي على حقه وههنا المشتري يملك الفسخ فلا يفيد تخييره الا اسقاط حقه من الخيار فان اكرها على التفرق ففيه وجهان احدهما يبطل الخيار لانه كان يمكنه ان يفسخ بالتخاير فاذا لم يفعل فقد رضي باسقاط الخيار والثاني لا يبطل لانه لم يوجد منه اكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار

فصل فان باعه على ان لا خيار له ففيه وجهان من اصحابنا من قال يصح ~~ويسقط الخيار~~ لان الخيار جعل رفقا بهما فجاز لهما تركه ولان الخيار غرر فجاز اسقاطه وقال ابو اسحق لا يصح وهو الصحيح لانه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز اسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع فان قلنا بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط فيه وجهان احدهما لا يبطل لان هذا الشرط لا يؤدي الى الجهل بالعوض والمعوض والثاني يبطل لانه يسقط موجب العقد فابطله كما لو شرط ان لا يسلم المبيع

فصل ويجوز شرط الخيار ثلثة ايام في البيوع التي لا ربا فيها لما روى محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي قد بلغ ثلثين ومائة سنة لا يترك البيع والشرا ولا يزال يخدع فقال له النبي صلى الله عليه وسلم من بايعته فقل لا خلابة وانت بالخيار ثلثا فاما في البيوع التي فيها الربا وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام فلا يجوز فيها شرط الخيار لانه لا يجوز ان يتفرقا قبل تمام البيع ولهذا لا يجوز ان يتفرقا الا عن قبض العوضين ولو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما ويجوز شرط الخيار في ثلثة ايام لانه غرر وانما جوز في الثلث رخصة فلا يجوز فيما زاد ويجوز ان يشترط لهما ولاحدهما دون الاخر ويجوز ان يشترط لاحدهما ثلثة ايام وللاخر يوم او يومان لان ذلك جعل الى شرطهما فكان على حسب الشرط وان شرطا ثلثة ايام ثم تخايرا سقط قياسا على خيار المجلس وان شرط الخيار لاجنبي ففيه قولان احدهما لا يصح لانه حكم من احكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الاحكام والثاني يصح لانه جعل الى شرطهما للحاجة وقد تدعو الحاجة

7

الى شرطه للاجنبي بان يكون اعرف بالمتاع منهما فان شرط للاجنبي وقلنا انه يصح فهل يثبت له وجهان
احدهما يثبت له لانه اذا ثبت للاجنبي من جهته فلان يثبت له اولى والثاني لا يثبت له لانه ثبت بالشرط فلا يثبت
الا لمن شرط له قال في الصرف ولو اشترى بشرط الخيار على ان لا يفسخ حتى يستامر فلانا لم يكن له ان يفسخ
حتى يقول استامرته فامرني بالفسخ فمن اصحابنا من قال له ان يفسخ من غير ان يستامر لان له ان يفسخ من
غير شرط الاستئمار فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار وتاول ما قاله على انه اراد به ليس له ان
يقول استامرته لانه لا يجوز ان يستامره لئلا يكون كاذبا ومنهم من حمله على ظاهره انه لا يجوز ان
يفسخ لانه ثبت بالشرط فكان على ما شرط واذا شرط الخيار في البيع ففي ابتداء مدته وجهان
احدهما من حين العقد لانها مدة ملحقة بالعقد فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالاجل
ولانه لو اعتبر من حين التفرق صار وقت الخيار مجهولا لانه لا يعلم متى يتفرقان والثاني انه
يعتبر من حين التفرق لان ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع فلا يثبت فيه بشرط الخيار فان قلنا
ان ابتداءه من حين العقد فشرط ان يكون من حين التفرق بطل لان وقت الخيار مجهول ولانه يزيد الخيار على
ثلثة ايام وان قلنا ان ابتداءه من حين التفرق فشرط ان يكون من حين العقد ففيه وجهان احدهما
يصح لان ابتداء الوقت معلوم والثاني لا يصح لانه شرط ينافي موجب العقد فابطله ومن ثبت له الخيار
فله ان يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته لانه رفع عقد جعل الى اختياره فجاز في حضوره
وغيبته كالطلاق فان تصرف في المبيع تصرفا يفتقر الى الملك كالعتق والوطي والهبة والبيع
وما اشبهها نظرت فان كان ذلك من البائع كان ذلك اختيارا للفسخ لانه تصرف يفتقر الى الملك
فجعل اختيارا للفسخ والرد الى الملك وان كان ذلك من المشتري ففيه وجهان قال ابو اسحق ان
كان ذلك عتقا كان اختيارا للامضاء وان كان غيره لم يكن اختيارا لان العتق لو وجد قبل العلم
بالعيب منع الرد فاسقط خيار المجلس وخيار الشرط وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع
الرد فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط وقال ابو سعيد الجميع اختيار للامضاء وهو الصحيح
لان الجميع يفتقر الى الملك فكان الجميع اختيارا ولان في حق البائع الجميع واحد فكذلك في حق
المشتري فان كان المبيع جارية فوطئها المشتري بحضرة البائع وهو ساكت فهل يسقط خيار البائع
بذلك فيه وجهان احدهما يسقط لانه امكنه ان يمنعه فاذا سكت كان ذلك رضى بالبيع والثاني لا

3

8

يسقط لانه سكوت عن التصرف في ملكه فلا يسقط حكم التصرف كما لو رأى رجلا يخرق ثوبه
فسكت عنه فان جن من له الخيار او اغمي عليه انتقل الخيار الى الناظر في ماله وان مات فان كان
في خيار الشرط انتقل الخيار الى من ينتقل اليه المال لانه حق ثابت لاصلاح المال فلم يسقط بالموت كالرهن
وحبس المبيع على الثمن فان لم يعلم الوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان احدهما يثبت له الخيار
في القدر الذي بقي من المدة لانه لما انتقل الخيار الى غير من شرط له بالموت وجب ان ينتقل الى غير
الزمان الذي شرط فيه والثاني انه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور لان المدة فاتت
وبقي الخيار فكان على الفور كخيار الرد بالعيب وان كان في خيار المجلس فقد روى المزني انه الخيار للوارث
وقال في المكاتب اذا مات وجب البيع فمن اصحابنا من قال لا يسقط الخيار بالموت في المكاتب وغيره وقوله
في المكاتب وجب البيع اراد انه لا ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة ومنهم من قال يسقط الخيار في بيع
المكاتب ولا يسقط في بيع غيره لان السيد يملك بحق الملك فاذا لم يملك في حياة المكاتب لم يملك بعد
موته والوارث يملك بحق الارث فانتقل اليه بموته ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى
وخرجهما على قولين احدهما انه يسقط الخيار لانه اذا سقط الخيار بالتفرقة فلأن يسقط
بالموت والتفرقة به اعظم اولى والثاني لا يسقط وهو الصحيح لانه خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل
بالموت كخيار الشرط فعلى هذا ان كان الذي ينتقل اليه الخيار حاضرا ثبت له الخيار الى ان يتفرقا
او يتخايرا وان كان غائبا ثبت له الخيار الى ان يفارق الموضع الذي بلغه فيه الخبر

فصل

وفي الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار الشرط او خيار المجلس ثلثة اقوال
احدها ينتقل بنفس العقد لانه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد
كالنكاح والثاني انه يملك بالعقد وانقضاء الخيار لانه لا يملك التصرف الا بالعقد وانقضاء
الخيار فدل على انه لا يملك الا بهما والثالث انه موقوف مراعى فان لم يفسخ العقد تبينا
انه ملك بالعقد وان فسخ تبينا انه لم يملك لانه لا يجوز ان يملك بالعقد لانه لو ملك بالعقد
لملك التصرف ولا يجوز ان يملك بانقضاء الخيار لان انقضاء الخيار لا يوجب الملك فثبت انه موقوف
مراعى فان كان المبيع عبدا فاعتقه البائع نفذ عتقه لانه ان كان باقيا على ملكه فقد
صادف العتق ملكه وان كان قد زال ملكه عنه الا انه يملك الفسخ فجعل العتق فسخا وان

اعتقه المشتري لم يخل اما ان يفسخ البايع البيع او لا يفسخ فان لم يفسخ وقلنا انه يملك
بنفس العقد او قلنا انه موقوف نفذ عتقه لانه صادف ملكه وان قلنا لا يملك بالعقد لم
يعتق لانه لم يصادف ملكه فان فسخ البايع وقلنا انه لا يملك بالعقد او موقوف لم يعتق
لانه لم يصادف ملكه وان قلنا انه يملك بالعقد ففيه وجهان قال ابو العباس ان كان موسرا
عتق وان كان معسرا لم يعتق لان العتق صادف ملكه وقد تعلق به حق الغير فاشبه عتق المرهون
ومن اصحابنا من قال لا يعتق وهو المنصوص لان البايع اختار الفسخ والمشتري اختار الاجازة
بالعتق والفسخ والاجازة اذا اجتمعا قدم الفسخ ولهذا لو قال المشتري اجزت وقال البايع بعده فسخت
قدم الفسخ وبطلت الاجازة وان كانت سابقة للفسخ فان قلنا لا يعتق عاد العبد الى ملك
البايع وان قلنا يعتق فهل يرجع البايع بالثمن او القيمة قال ابو العباس يحتمل وجهين احدهما
يرجع بالثمن ويكون العتق مقررا للعقد ومبطلا للفسخ والثاني انه يرجع بقيمته لان البيع
انفسخ وتعذر الرجوع الى العين فرجع الى قيمته كما لو اشترى عبدا بثوب واعتق العبد ووجد
البايع بالثوب عيبا فرده فانه يرجع بقيمة العبد وان باع البايع المبيع او وهبه صح لانه اما ان
يكون على ملكه فملك العقد عليه واما ان يكون للمشتري الا انه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة
فسخا وان باع المشتري او وهبه نظرت فان كان بغير رضا البايع فان قلنا انه في ملك البايع
لم يصح تصرفه وان قلنا انه في ملكه ففيه وجهان قال ابو سعيد الاصطخري يصح وللبايع ان يختار
الفسخ فاذا فسخ بطل تصرف المشتري ووجهه ان التصرف صادف ملكه الذي ثبت للغير فيه حق
الانتزاع فاشبه اذا اشترى شقصا فيه شفعة فباعه ومن اصحابنا من قال لا يصح لانه باع
عينا تعلق بها حق الغير من غير رضاه فلم يصح كما لو باع الراهن المرهون فاما اذا تصرف فيه
برضا البايع نظرت فان كان عتقا نفذ لانهما رضيا بامضاء البيع وان كان بيعا او هبة ففيه
وجهان احدهما لا يصح لانه ابتدا بالتصرف قبل ان يملكه والثاني يصح لان المنع من التصرف
لحق البايع وقد رضي البايع **فصل** وان كان المبيع جارية لم يجز للبايع وطيها لانها باقية
على ملكه في بعض الاقوال ويملك ردها الى ملكه في بعض الاقوال فاذا وطيها انفسخ البيع ولا
يجوز للمشتري وطيها لانه في احد الاقوال لا يملكها وفي الثاني مراعى فلا نعلم هل يملكها ام لا وفي الثالث

وهذا على قولنا لا يصح بغير رضاه والاصح وجها واحدا قاله بعض اصحابنا المتاخرين وهو ظاهر بعض

يملكها ملكا غير مستقر فان وطيها لم يجب الحد لان احبلها ثبت نسب الولد وانعقد الولد حرا
لانه اما ان يكون في ملك او شبهة ملك واما المهر وقيمة الولد وكون الجارية ام ولد
فانه ينبني على الاقوال فان اجاز البايع البيع بعد وطء المشتري وقلنا ان الملك للمشتري او
موقوف لم يلزمه المهر ولا قيمة الولد وتصير الجارية ام ولد لانها مملوكة وان قلنا ان الملك
للبايع فعليه المهر وقال ابو اسحق لا يلزمه كما لا يلزمه اجرة الخدمة والمذهب الاول لانه وطي في
ملك غيره ويخالف الخدمة فان الخدمة تستباح بالاباحة والوطء لا يستباح وفي قيمة الولد وجهان
احدهما لا يلزمه لانها وضعته في ملكه والاعتبار بحال الوضع الا ترى ان قيمة الولد تعتبر حال
الوضع والثاني يلزمه لان العلوق حصل في غير ملكه والاعتبار بحال العلوق لانها حالة الاتلاف
وانما تاخر التقويم الى حال الوضع لانه لا يمكن تقويمه في حال العلوق وهل تصير الجارية ام ولد فيه
قولان كما قلنا فيمن احبل جارية غيره بشبهة فاما اذا فسخ البيع وعادت الى ملكه فان
قلنا ان الملك للبايع او موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد ولا تصير الجارية في الحال ام ولد
وهل تصير ام ولد اذا ملكها فيه قولان وان قلنا ان الملك للمشتري لم يجب عليه المهر لان
الوطء صادف ملكه ومن اصحابنا من قال يجب لانه لم يتم ملكه عليها وهذا يبطل به اذا
اجاز البايع البيع وعلى قول ابي العباس تصير ام ولد كما تعتق اذا اعتقها عنده وهل يرجع البايع
بقيمتها او بالثمن فيه وجهان بناء على ما ذكرناه في العتق وعلى المنصوص انها لا تصير ام ولد لان حق
البايع سابق ولا يسقط باحبال المشتري فان ملكها المشتري بعد ذلك صارت ام ولد لانها
انما لم تصر ام ولد في الحال لحق البايع فاذا ملكها صارت ام ولد **فصل** وان اشترى جارية
فولدت في مدة الخيار بنينا على ان الحمل هل له حكم في البيع وفيه قولان احدهما له حكم ويقابله قسط
من الثمن وهو الصحيح لانه ما اخذ قسطا من الثمن بعد الانفصال اخذ قسطا من الثمن قبل الانفصال
كاللبن والثاني لا حكم له ولا قسط له من الثمن لانه يتبعها في العتق فلم يأخذ قسطا من الثمن كالاعضاء
فان قلنا ان له حكما فهو مع الام بمنزلة العينين المبيعتين فان امضى العقد كانا للمشتري وان
فسخ العقد كانا للبايع كالعينين المبيعتين وان قلنا لا حكم له نظرت فان امضى العقد وقلنا ان الملك ينتقل

على هذه المسألة ما نص في المرابحة والرد بالعيب والتفليس — العرق هو الضرورة

بالعقد او موقوف فهما للمشتري وان قلنا انه يملك بالعقد وانقضاء الخيار فالولد للبائع
وان فسخ العقد وقلنا انه يملك بالعقد وانقضاء الخيار او قلنا انه موقوف فالولد للبائع وان
قلنا انه يملك بالعقد فهو للمشتري وقال ابو اسحق الولد للبائع لان على هذا القول لا ينفذ
عتق المشتري وهذا خطأ لان العتق يفتقر الى ملك تام والنماء لا يفتقر الى ملك تام

فصل

وان تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار فلمن له الخيار الفسخ والامضاء لان الحاجة التي
دعت الى الخيار باقية بعد تلف المبيع فان فسخ وجبت القيمة على المشتري لانه تعذر رد العين
فوجب رد القيمة وان امضى العقد فان قلنا انه يملك بنفس العقد او موقوف فقد هلك في ملكه
وان قلنا انه يملك بالعقد وانقضاء الخيار وجب على المشتري قيمته ۵

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز ۵

الاعيان ضربان طاهر ونجس فاما النجس فعلى ضربين نجس في نفسه ونجس
بملاقاة نجاسة فاما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين
وما اشبه ذلك من النجاسات والاصل فيه ما روى جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام وروى ابو هريرة وابو مسعود
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب فنص على الكلب والخنزير والخمر والميتة
وقسنا عليها سائر الاعيان النجسة فاما اقتناؤها فينظر فيه فان لم يكن فيها منفعة مباحة
كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجز اقتناؤها لما روى انس قال سال رجل النبي صلى الله عليه وسلم
عن الخمر تصنع خلا فكرهه وقال اهرقها ولان اقتناء ما لا منفعة فيه سفه فلم يجز فان كان
فيه منفعة مباحة كالكلب جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع لما روى سالم عن ابيه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره
كل يوم قيراطان وفي حديث ابي هريرة الا كلب صيد او ماشية او زرع ولان الحاجة تدعو
الى الكلب في هذه المواضع فجاز اقتناؤه وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروب فيه وجهان احدهما
لا يجوز للخبر والثاني يجوز لانه حفظ مال فاشبه الزرع والماشية وهل يجوز لمن لا يصطاد
ان يقتنيه ليصطاد به اذا اراد فيه وجهان احدهما يجوز للخبر والثاني لا يجوز لانه لا حاجة به اليه

... اهل البوادي وسكان الخيام والفلوات فاما هؤلاء فيجوز لهم اقتناؤه حول بيوتهم ... في البحر عن الحاوي معنى

وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والزرع والماشية فيه وجهان احدهما لا يجوز لانه ليس فيه
منفعة يحتاج اليها والثاني يجوز لانه اذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه ليعلم ذلك
واما السرجين فانه يكره اقتناؤه وتربية الزرع به لما فيه من مباشرة النجاسة واما
النجس بملاقاة النجاسة فهو الاعيان الطاهرة اذا اصابتها نجاسة فينظر فيها فان كان
جامدا كالثوب وغيره جاز بيعه لان البيع يتناول الثوب وهو طاهر وانما جاورته النجاسة
وان كان مائعا نظرت فان كان مما لا يطهر بالغسل كالخل والدبس لم يجز بيعه لانه نجس لا
يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجز بيعه كالاعيان النجسة وان كان ماء ففيه وجهان احدهما لا
يجوز بيعه لانه نجس لا يطهر بالغسل فلم يجز بيعه كالخمر والثاني يجوز بيعه لانه يطهر بالماء
فاشبه الثوب وان كان دهنا فهل يطهر بالغسل فيه وجهان احدهما لا يطهر لانه لا يمكن عصره
من النجاسة فلم يطهر كالخل والثاني يطهر لانه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب فان قلنا لا يطهر
لم يجز بيعه كالخل وان قلنا يطهر ففي بيعه قبل الغسل وجهان كالماء النجس ويجوز استعماله
في السراج والاولى ان لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة ۵

فصل

واما الاعيان الطاهرة
فضربان ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة فاما ما لا منفعة فيه فهو كالحشرات
والسباع التي لا تصلح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرخمة والحداة
وما لا يؤكل من الغراب فلا يجوز بيعه لان ما لا منفعة فيه لا قيمة له فاخذ العوض عنه من اكل
المال بالباطل واختلف اصحابنا في بيع دار لا طريق لها او بيع بيت من دار لا طريق له اليه فمنهم
من قال لا يصح لانه لا يمكن الانتفاع به فلم يصح بيعه ومنهم من قال يصح لانه يمكن ان يحصل
له طريق فينتفع به فصح بيعه واما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه لما روى ابو هريرة
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قال ربكم ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة
ومن كنت خصمه خصمته رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر
اجيرا فاستوفى منه ولم يوفه اجره ولا يجوز بيع ام الولد لما روى ابن عمر رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد ولانه استقر لها حق الحرية
وفي بيعها ابطال ذلك فلم يجز ويجوز بيع المدبر لما روى جابر رضي الله عنه

أن رجلاً دبّر غلاماً ليس له مال غيره فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يشتريه مني فاشتراه نعيم
ويجوز بيع المعتق بصفة لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده فجاز بيعه كالمدبر وفي المكاتب قولان
قال في القديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر فلا يمنع من البيع وقال في الجديد لا يجوز لأنه كالخارج
من ملكه ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه فلم يملك بيعه كما لو باعه نفسه ولا يجوز بيع الوقف
لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال أصاب عمر رضي الله عنه أرضاً بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم
يستأمره فيها فقال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر رضي الله عنه صدقة
لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث فصل ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول
والمشروب والملبوس والمشموم وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسل والصيد
والصوف وما يقتنيه الناس من العبيد والجواري والأراضي والعقار لاتفاق أهل الأمصار في جميع
الأعصار على بيعها من غير إنكار ولا فرق فيها بين ما كان في الحرم من الدور وغيره لما روي أن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه أمر نافع بن عبد الحارث أن يشتري داراً بمكة للسجن من صفوان
بن أمية فاشتراها بأربعة آلاف درهم ولأنه أرض حية لم ترد عليها صدقة مؤبدة فجاز بيعها
كغير الحرم ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل
عن بيع المصاحف فقال لا بأس يأخذون أجور أيديهم ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال
واختلف أصحابنا في بيع بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور التي يجوز بيعها كالصقر
والبازي فمنهم من قال هو طاهر ومنهم من قال هو نجس بناء على الوجهين في طهارة مني ما لا يؤكل
لحمه ونجاسته فإن قلنا إن ذلك طاهر جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به فهو كبيض الدجاج وإن قلنا
إنه نجس لم يجز بيعه لأنه عين نجسة فلم يجز بيعه كالكلب والخنزير وبالله التوفيق

باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره

ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الغرر والغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته ولهذا قالت عائشة رضي الله
عنها في وصف أبي بكر رضي الله عنه فرد نشر الإسلام على غره أي على طيه والمعدوم قد انطوى
عنه أمره وخفي عليه عاقبته فلم يجز بيعه وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم

نهى عن بيع المعاومة وفي بعضها عن بيع السنين فصل ولا يجوز بيع ما لا يملكه
من غير إذن مالكه لما روى حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبع ما
ليس عندك ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء فصل
ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما
أشبهها من المعاوضات قبل القبض لما روي أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله إني أبيع بيوعاً
كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم قال لا تبع ما لم تقبضه ولأن ملكه عليه غير مستقر لأنه ربما
هلك فانفسخ العقد وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وهل يجوز عتقه فيه وجهان أحدهما
أنه لا يجوز لما ذكرناه والثاني يجوز لأن العتق له سراية فصح لقوته فأما ما ملكه بغير معاوضة
كالميراث والوصية أو عاد إليه بفسخ عقد فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض لأن ملكه عليه
مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض وأما الديون فينظر فيها فإن كان الملك عليها
مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض لأن ملكه مستقر
عليه فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض وهل يجوز بيعه من غيره فيه وجهان أحدهما يجوز لأن ما جاز
بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة والثاني لا يجوز لأنه لا يقدر على تسليمه إليه لأنه
ربما منعه أو جحده وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز والأول أظهر لأن الظاهر أنه يقدر على
تسليمه إليه من غير منع ولا جحود وإن كان الدين غير مستقر نظرت فإن كان مسلماً فيه لم يجز
بيعه لما روي أن ابن عباس سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال آخذ
منك مقام كل حلة من الرقاق حلتين من الجل فكرهه وقال خذ برأس المال علفاً أو غنماً ولأن
الملك في المسلم فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه كالمبيع
قبل القبض وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان قال في الصرف يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر
قال كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فآخذ الدنانير فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه
بالهلاك فصار كالمبيع بعد القبض وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز لأن ملكه غير
مستقر عليه لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض

وفي بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان احدهما انه على قولين بناء على القولين في بيع
رقبته والثاني انه لا يصح ذلك قولا واحدا وهو المنصوص في المختصر لانه لا يملكه
ملكا مستقرا فلم يصح بيعه كالمسلم فيه ۞ والقبض فيما ينقل النقل لما روى زيد بن ثابت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار ١٥
الى رحالهم وفيما لا ينقل كالعقار والثمرة قبل اوان الجداد التخلية لان القبض ورد به الشرع
واطلقه فحمل على العرف والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية ۞ فصل ولا يجوز
بيع ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء والجمل الشارد والفرس
العاير والعبد الابق والمال المغصوب في يد الغاصب لحديث ابي هريرة رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وهذا غرر ولهذا قال ابن مسعود رضي
الله عنه لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر ولان القصد بالبيع تمليك التصرف
وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه فان باع طيرا في برج مغلق الباب او السمك في
بركة لا تتصل بنهر نظرت فان قدر على تناوله اذا اراد من غير تعب جاز بيعه وان كان
في برج عظيم او بركة عظيمة لا يقدر على اخذه الا بتعب لم يجز بيعه لانه غير مقدور
عليه في الحال فان باع العبد الابق ممن يقدر عليه او المغصوب من الغاصب او ممن يقدر
على اخذه جاز لانه لا غرر في بيعه منه ۞ فصل ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد
من عبيد وثوب من اثواب لان ذلك غرر من غير حاجة ويجوز ان يبيع قفيزا من صبرة
لانه اذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر ۞ فصل ولا يجوز بيع العين الغايبة
اذا جهل جنسها او نوعها لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الغرر وفي بيع ما لا يعرف جنسه ونوعه غرر كثير فان علم الجنس والنوع بان قال بعتك
الثوب المروي الذي في كمي او العبد الزنجي الذي في داري او الفرس الادهم الذي في اصطبلي
ففيه قولان قال في القديم والصرف يصح ويثبت له الخيار اذا راه لما روى ابن ابي مليكة
ان عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة ارضا بالمدينة ناقله بارض له بالكوفة فقال عثمان
بعتك ما لم اره فقال طلحة انما النظر لي لاني ابتعت مغيبا وانت قد رايت ما ابتعت

فتحاكما الى جبير بن مطعم فقضى على عثمان ان البيع جايز وان النظر لطلحة لانه
ابتاع مغيبا ولانه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح وقال في الجديد لا يصح
لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي هذا
البيع غرر ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم فاذا قلنا بقوله القديم
فهل يفتقر صحة البيع الى ذكر الصفات ام لا فيه ثلثة اوجه احدها انه لا يصح حتى يذكر
جميع الصفات كالمسلم فيه والثاني لا يصح حتى يذكر الصفات المقصودة والثالث انه لا
يفتقر الى ذكر شي من الصفات وهو المنصوص في الصرف لان الاعتماد على الروية ويثبت له الخيار اذا
راه ولا يحتاج الى ذكر الصفات فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ١٦
وان وجده على ما وصف ففيه وجهان احدهما لا خيار له لانه وجده على ما وصف فلم
يكن له خيار كالمسلم فيه والثاني ان له الخيار لانه يعرف بخيار الروية فلا يجوز ان
يخلو من الخيار وهل يكون الخيار على الفور ام لا فيه وجهان قال ابن ابي هريرة هو على الفور لانه
خيار تعلق بالروية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب وقال ابو اسحق يتقدر بالمجلس لان العقد
انما يتم بالروية فيصير كانه عقد عند الروية فيثبت له خيار كخيار المجلس واما اذا راى
المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه فان كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه
وقال ابو القسم الانماطي لا يجوز في قوله الجديد لان الروية شرط في العقد فاعتبر وجودها
في حال العقد كالشهادة في النكاح والمذهب الاول لان الروية تراد للعلم بالمبيع وقد
حصل العلم بالروية المتقدمة فعلى هذا اذا اشتراه ثم وجده على الصفة الاولى
اخذه وان وجده ناقصا فله الرد لانه ما التزم العقد فيه الا على تلك الصفة وان
اختلفا فقال البايع لم يتغير وقال المشتري قد تغير فالقول قول المشتري لانه يوخذ منه
الثمن فلا يجوز من غير رضاه وان كان مما يجوز ان يتغير ويجوز ان لا يتغير ويجوز ان يبقى ويجوز
ان لا يبقى ففيه وجهان احدهما انه لا يصح لانه مشكوك في بقايه على صفته والثاني
يصح وهو المذهب لان الاصل بقاوه على صفته فصح بيعه قياسا على ما لا يتغير
فصل وان باع الاعمى او اشترى شيا لم يره فان قلنا ان بيع ما لم يره البصير لا يصح

لم يصح بيع الاعمى وشراؤه وان قلنا يصح ففي بيع الاعمى وشرايه وجهان احدهما
يصح كما يصح من البصير فيما يريه ويستنيب في القبض والخيار كما يستنيب البصير
في شرط الخيار والثاني لا يصح لان بيع ما لم يره البصير يتم بالرؤية وذلك لا يوجد في حق
الاعمى ولا يمكنه ان يوكل في الخيار لانه خيار يثبت بالشرع فلا يجوز الاستنابة فيه
كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط فصل اذا راى بعض المبيع دون بعض نظرت فان كان
مما لا يختلف اجزاؤه كالصبرة من الطعام والجرة من الدبس جاز بيعه لان برؤية البعض
يزول غرر الجهالة لان الظاهر ان الباطن كالظاهر وان كان مما يختلف نظرت فان كان مما
يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الاسفل جاز بيعه لان رؤية الباطن تشق ويسقط
اعتبارها كرؤية اساس الحيطان وان لم يشق رؤية الباقي كالثوب المطوي بعضه
طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان كبيع ما لم ير شيئا منه ومنهم من قال يبطل البيع قولا
واحدا لان ما راه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز في عين واحدة فصل
واختلف اصحابنا في بيع الباقلى في قشريه فقال ابو سعيد الاصطخري يجوز لانه باع في جميع
البلدان من غير انكار ومنهم من قال لا يجوز وهو المنصوص في الام لان الحب قد يكون صغارا وقد
يكون كبارا وقد يكون في بيوته ما لا شيء فيه وقد يكون فيه حب متغير وذلك غرر من
غير حاجة فلم يجز واختلفوا ايضا في بيع نافجة المسك فقال ابو العباس يجوز بيعها لان النافجة
فيها صلاح المسك لانه يبقى فيها اكثر فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الاسفل ومن
اصحابنا من قال لا يجوز وهو ظاهر النص لانه مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من
غير حاجة فلم يجز واختلفوا في بيع الطلع في قشره فقال ابو اسحق لا يجوز لان المقصود مستور
بما لا يدخر فيه فلم يصح بيعه كالتمر في الجراب وقال ابو علي بن ابي هريرة يجوز لانه
مستور بما يؤكل معه من القشر فجاز بيعه كالقثاء والخيار واختلف قوله في بيع الحنطة
في سنبلها فقال في القديم يجوز لما روى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد وقال في الجديد لا يجوز لانه لا يعلم قدر ما
فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعو الحاجة اليه فلم يجز فصل ولا يجوز

بيع مجهول القدر فان قال بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث ابي هريرة ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي بيع البعض غرر لانه يقع على القليل والكثير ولانه
نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم وان قال بعتك هذه الصبرة جاز وان لم يعرف
قفزانها وان قال بعتك هذه الدار او هذا الثوب جاز وان لم يعرف ذرعانهما لان غرر الجهالة
ينتفي عنها بالمشاهدة قال الشافعي رحمه الله واكره بيع الصبرة جزافا لانه يجهل قدرها على
الحقيقة وان قال بعتك ثلثها او ربعها او بعتك الا ثلثها او ربعها جاز لان من عرف الشيء
عرف ثلثه وربعه وما يبقى بعدهما وان قال بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها او هذه الدار
او هذا الثوب الا ذراعا منه نظرت فان علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب جاز لان
المبيع معلوم وان لم يعلما ذلك لم يجز لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الثنيا ولان المبيع هو الباقي بعد القفيز والذراع وذلك مجهول فان قال بعتك عشرة
اقفزة من هذه الصبرة جاز لانها معلومة القدر والصفة فان اختلفا فقال البائع اعطيك
من اسفلها وقال المشتري من اعلاها فالخيار الى البائع فمن اي موضع اعطاه جاز لانه اعطاه
من الصبرة وان قال بعتك عشرة اذرع من هذه الدار او عشرة اذرع من هذا الثوب فان كانا
يعلمان مبلغ ذرعان الثوب والدار وانها مائة ذراع صح البيع في عشرها لان العشرة من المائة
عشرها ولا فرق بين ان يقول بعتك عشرها وبين ان يقول بعتك عشرة من مائة ذراع منها
وان لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح لانه ان جعل البيع في عشرة اذرع مشاعة
لم يعرف قدر المبيع انه عشرها او سدسها وان جعل البيع في عشرة اذرع من موضع بعينه
لم يعرف صفة المبيع فان اجزاء الدار والثوب تختلف وقد يكون بعضها اجود من بعض وان
قال بعتك عشرة اذرع ابتداؤها من هذا المكان ولم يبين المنتهى ففيه وجهان احدهما انه
لا يصح لان اجزاء المبيع مختلفة وقد ينتهي الى موضع يخالف موضع الابتداء والثاني انه يصح لانه
يشاهد السمت وان بين الابتداء والانتهاء صح في الدار واما في الثوب فانه ان كان مما لا ينقص
قيمته بالقطع فهو كالدار وان كان مما ينقص لم يصح لانه شرط ادخال نقص عليه فيما
لم يبع من الثوب ومن اصحابنا من قال يصح لانه رضي بما يدخل عليه من الضرر فان قال بعتك

هذا السمن مع الظرف كل منا بدرهم بطرت فان لم يعلما مقدار السمن والظرف لم يجز لان ذلك
غرر لان الظرف قد يكون خفيفا وقد يكون ثقيلا وان علما جاز لانه لا غرر فيه واختلف
اصحابنا في بيع النحل في الكندوج فقال ابو العباس يجوز لانه يعرف مقداره وحال دخوله وخروجه
ومن اصحابنا من قال لا يجوز وهو قول ابي حامد الاسفرايني لانه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج
وان اجتمع فرخة في موضع وشوهد جميعه جاز بيعه لانه معلوم مقدور على تسليمه فجاز
بيعه **فصل** ولا يجوز بيع الحمل في البطن لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع المجر والمجر اشتراء ما في الارحام ولانه قد لا يكون حملا وقد يكون حملا
وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ولانه ان كان حملا فهو مجهول القدر ومجهول الصفة وذلك
غرر من غير حاجة فلم يجز وان باع حيوانا وشرط انه حامل ففيه قولان احدهما ان البيع باطل
لانه مجهول الوجود مجهول الصفة والثاني انه يجوز لان الظاهر انه موجود والجهل به لا يؤثر
لانه لا يمكن رؤيته فعفي عن الجهل به كاساس الدار **فصل** ولا يجوز بيع اللبن في الضرع
لما روي عن ابن عباس انه قال لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ولا تبيعوا اللبن في الضرع ولانه
مجهول القدر لانه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن انه من اللبن ولانه مجهول الصفة لانه قد
يكون اللبن صافيا وقد يكون كدرا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز **فصل** ولا
يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقول ابن عباس ولانه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره
وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ولانه لا يمكن تسليمه الا باستئصاله من اصله ولا يمكن
ذلك الا بايلام الحيوان وهذا لا يجوز **فصل** ولا يجوز البيع الا بثمن معلوم الصفة فان باع بثمن
مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع لانه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بصفته
كالمسلم فيه فان باع بثمن معين تعين لانه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع فان لم يره المتعاقدان
او احدهما على ما ذكرناه من القولين في بيع العين التي لم يرها المتبايعان او احدهما **فصل**
ولا يجوز البيع الا بثمن معلوم القدر فان باع بثمن مجهول القدر كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة
بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك فالبيع باطل لانه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل
بقدره كالمسلم فيه وان باعه بثمن معين جزافا جاز لانه معلوم بالمشاهدة ويكره ذلك كما

قلنا في بيع الصبرة جزافا وان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذه الصبرة
كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع لان غرر الجهالة ينتفي
بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة فاذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم بالتفصيل وان كان
لرجل عبدان فباع احدهما من رجل والاخر من اخر في صفقة واحدة بثمن واحد قال الشافعي
رحمه الله فيه قولان ومن كاتب عبدين على مال واحد انه على قولين احدهما يبطل العقد لان العقد
الواحد مع اثنين عقدان فاذا لم تعلم قدر العوض في كل واحد منهما بطل كما لو باع كل
واحد منهما في صفقة بثمن مجهول والثاني يصح ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما فمن اصحابنا
قال في البيع قولان وهو قول ابي العباس وقال ابو سعيد وابو اسحق يبطل البيع قولا واحدا
لان البيع يفسد بفساد العوض والصحيح قول ابي العباس لان الكتابة ايضا تفسد بفساد
العوض وقد نص فيها على قولين وان قال بعتك بالف مثقال ذهبا وفضة فالبيع باطل لانه لم يبين
القدر من كل واحد منهما فكان باطلا وان قال بعتك بالف نقدا او بالفين نسيئة فالبيع
باطل لانه لم يعقد على ثمن بعينه فهو كما لو قال بعتك احد هذين العبدين **فصل**
وان باع بثمن مؤجل لم يجز الى اجل مجهول كالبيع الى العطاء لانه عوض في بيع فلم يجز الى اجل
مجهول كالمسلم فيه **فصل** ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم
الحاج لانه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز ولا يجوز بيع المنابذة وهو ان يقول اذا نبذت هذا
الثوب فقد وجب البيع ولا بيع الملامسة وهو ان يلمس الثوب بيده ولا ينشره واذا لمسه فقد وجب
البيع لما روى ابو سعيد الخدري قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين المنابذة
والملامسة والمنابذة ان يقول اذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع والملامسة ان يمسه بيده
ولا ينشره فاذا مسه فقد وجب البيع ولانه اذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب فقد علق البيع على
شرط وذلك لا يجوز واذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ولا
يجوز بيع الحصاة وهو ان يقول بعتك ما وقع عليه الحصاة من ثوب او ارض لما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة ولانه بيع مجهول من غير حاجة فلم يجز ولا يجوز بيع
حبل الحبلة لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة

الحبلة واختلف في تأويله فقال الشافعي رحمه الله هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة ويلد حملها
وقال أبو عبيد هو بيع ما يلد حمل الناقة فإن كان على ما قال الشافعي رحمه الله فهو بيع بثمن
إلى أجل مجهول وقد بينا أن ذلك لا يجوز وإن كان على ما قال أبو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول
وذلك لا يجوز ولا يجوز بيعتان في بيعة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة فيحتمل أن يكون المراد به أن يقول بعتك هذا بألف
نقدا أو بألفين نسيئة فلا يجوز للخبر ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم ويحتمل أن يكون المراد به أن
يقول بعتك هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف فلا يصح للخبر ولأنه شرط في عقد وذلك
لا يصح فإذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بإزاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول
فإذا أضيف إلى الثمن صار مجهولا فبطل فصل ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام
لما روى أبو مسعود البدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن حلوان الكاهن ومهر البغي
وعن الزهري رضي الله عنه أنه سئل في امرأة زنت بمال عظيم قال لا يصلح لمولاها أكله لأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي وإن كان معه حلال وحرام كره مبايعته والأخذ
منه لما روى النعمان بن بشير قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الحلال بين والحرام بين
وبين ذلك أمور مشتبهات وسأضرب لكم في ذلك مثلا إن الله تعالى حمى حمى وإن حمى الله
حرام وإن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى فإن بايعه وأخذ منه جاز لأن الظاهر
مما في يده أنه له فلا يحرم الأخذ منه ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمر ممن
يعمل النبيذ وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على
المعصية فإن باع منه صح البيع لأنه قد لا يتخذ الخمر ولا يعصي الله تعالى بالسلاح ولا يجوز بيع
المصحف ولا العبد المسلم من الكافر لأنه يعرض العبد للصغار والمصحف للابتذال فإن
باعه منه ففيه قولان أحدهما أن البيع باطل لأنه عقد منع منه لحرمة الإسلام فلم يصح كتزويج
المسلمة من الكافر والثاني يصح لأنه سبب يملك به العبد الكافر فجاز أن يملك به العبد
المسلم كالإرث فإذا قلنا بهذا أمرناه بإزالة ملكه لأن في تركه في ملكه صغارا على
الإسلام فإن باعه أو أعتقه جاز وإن كاتبه ففيه قولان أحدهما يقبل لأن بالكتابة يصير كالخارج

من ملكه في التصرفات والثاني لا يقبل منه لأنه عقد لا يزيل الملك فلا يقبل منه كالتزويج والإجارة
وإن ابتاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين والثاني أنه يصح قولا
واحدا لأنه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق فصل ولا يجوز
بيع الجارية إلا حملها لأنه يتبعها في البيع والعتق فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل
ولا يجوز أن يفرق بين الوالدة وولدها في البيع قبل سبع سنين لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال لا توله والدة بولدها وروى أبو أيوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع لأنه تفريق محرم
في البيع فأفسد البيع كالتفريق بين الجارية وحملها وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ فيه
قولان أحدهما لا يجوز لعموم الأخبار ولأنه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في
البيع كما لو كان دون سبع سنين والثاني يجوز لأنه مستغن عن حضانتها فجاز التفريق بينهما كالبالغ

باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده

إذا شرط في البيع شرطا
نظرت فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد
لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله وإن شرط ما لا يقتضيه ولكن
فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك على ما
نبينه في مواضعه إن شاء الله ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد فإن شرط عتق المبيع
لم يفسد العقد لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها فأراد أهلها أن يشترطوا
ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق فإن اشتراه
بشرط العتق فامتنع من إعتاقه ففيه وجهان أحدهما يجبر عليه لأنه عتق مستحق عليه فإذا
امتنع أجبر عليه كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه والثاني لا يجبر بل يثبت للبائع الخيار
في فسخ البيع لأنه ملكه بالعوض وإنما شرط للبائع حقا فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى
بشرط أن يرهن بالثمن رهنا فامتنع من الرهن فإن رضي البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه
وجهان أحدهما لا يسقط لأنه عتق مستحق فلا يسقط بإسقاط الآدمي كالمنذور والثاني
أنه يسقط لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط بإسقاطه كالرهن والضمين وإن تلف العبد

قبل العتق ففيه ثلثة أوجه أحدها أنه ليس للبائع إلا الثمن لأنه لم يفقد أكثر من العتق والثاني أنه يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق فيقوم من غير شرط العتق ثم يقوم مع شرط العتق ويجب بما بينهما من الثمن والثالث أنه يفسخ العقد لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده والمشتري لم يلتزم أكثر من هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد

فصل فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة أو ثوبا بشرط أن يخيطه له أو قلعة بشرط أن يحذوها بطل البيع لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط وروي أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن فاستفتى عبد الله عمر رضي الله عنهما فقال لا تقربها وفيها شرط لأحد وروي أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها فقال له عمر لا تقربها وفيها مثنوية ولأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد كما لو شرط أن لا يسلم إليه المبيع فإن قبض المبيع لم يملكه لأنه قبض في عقد فاسد فلا يوجب الملك كالوطء في النكاح الفاسد فإن كان باقيا وجب رده وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ومن أصحابنا من قال يضمن قيمته يوم التلف لأنه مأذون في إمساكه فضمن قيمته يوم التلف كالعارية وليس بشيء لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كقبض الغاصب ويخالف العارية فإن العارية مأذون في إتلاف منافعها ولهذا في العارية لو رد العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن ولو رد المبيع ناقصا ضمن النقصان وإن حدثت في عينها زيادة بأن سمنت ثم هزلت ضمن ما نقص لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب ومن أصحابنا من قال لا يضمن لأن البائع دخل في العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة والمنصوص هو الأول وما قاله هذا القائل يبطل بالمنافع فإنه لم يدخل في العقد ليأخذ بدلها ثم يستحق فإن كان لمثله أجرة لزمه الأجرة للمدة التي أقام في يده لأنه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب فإن كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد لأنه وطء بشبهة لأنه اعتقد أنها ملكه ويجب عليه المهر لأنه وطء بشبهة فوجب به المهر كالوطء في النكاح الفاسد وإن كانت

بكرا وجب عليه أرش البكارة لأن البكارة جزء من أجزائها وأجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة وإن أتت منه بولد فهو حر لأنه اعتقدها جاريته وتلزمه قيمة الولد لأنه أتلف عليه رقه باعتقاده ويقوم بعد الانفصال لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال فإن ألقت الولد ميتا لم يضمنه لأنه لا قيمة له قبل الانفصال ولا توجد الحيلولة بعد الانفصال فإن ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته ولا تصير الجارية أم ولد له في الحال لأنها علقت منه في غير ملكه وهل تصير أم ولد إذا ملكها فيه قولان

باب تفريق الصفقة

إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ففيه قولان أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقيا على حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما واختلف أصحابنا في علته فمنهم من قال بطل لأن العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهما بدرهمين ومنهم من قال بطل لجهالة الثمن وذلك أنه إذا باع حرا وعبدا بألف سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعا بما بقي وذلك مجهول في حال العقد فبطل كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم فإن قلنا بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع لأنه جمع بين الحلال والحرام وإن قلنا إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض فيه غير مجهول ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله فإن قلنا إن العقد يبطل فيهما رد المبيع واسترجع الثمن وإن قلنا إنه يصح في أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه لحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار فإن اختار الإمساك فبكم يمسك فيه قولان أحدهما يمسك بجميع الثمن أو يرد لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر والثاني أنه يمسكه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه

في مقابلته احدهما واختلف اصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان فيما يتقسط العوض عليه بالاجزاء فانه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا لان فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول فدعت الضرورة الى ان يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوما وفيما يتقسط الثمن عليه بالاجزاء ما يخص الجائز معلوم فلا حاجة بنا الى ان يجعل جميع الثمن في مقابلته ومنهم من قال القولان في الجميع وهو الصحيح لانه نص على القولين في بيع الثمرة قبل ان يخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالاجزاء فان قلنا يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لانه لا ضرر عليه وان قلنا يمسك بحصته فهل للبائع الخيار فيه وجهان احدهما ان له الخيار لانه تبعضت عليه الصفقة فثبت له الخيار كما ثبت للمشتري والثاني لا خيار له لانه دخل على بصيرة لان الحر لا يؤخذ منه بثمن وان باع مجهولا ومعلوما فان قلنا لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما وان قلنا تفرق وقلنا انه يمسك الجائز بحصته بطل البيع فيه لان الذي يخصه مجهول وان قلنا يمسك بجميع الثمن صح العقد فيه وان جمع بين حلالين ثم تلف احدهما قبل القبض بطل البيع فيه وهل يبطل البيع في الباقي فيه طريقان احدهما انه على القولين في تفريق الصفقة لان ما حدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في ابطال العقد فوجب ان يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه والثاني انه لا يبطل الا فيما تلف لان في الجمع بين الحلال والحرام انما بطل للجهل بالعوض او للجمع بين الحلال والحرام في العقد ولا يوجد هاهنا واحد منهما فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشتري الخيار في فسخ العقد لانه تفرقت عليه الصفقة فان امضاه اخذ الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا لان العوض هاهنا قابل المبيع فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك * فصل وان جمع بين بيع واجارة او بين بيع وصرف او بين عينين بشرط الخيار في احدهما دون الآخر بعوض واحد ففيه قولان احدهما انه يبطل العقد لان احكام العقدين متضادة وليس احدهما اولى من الآخر فبطل الجميع والثاني انه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتيهما لانه ليس فيه اكثر من اختلاف حكم العقدين وهذا لا يمنع صحة العقد كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه وان جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد فالنكاح لا يبطل لانه لا يبطل بفساد العوض

وفي البيع قولان ووجههما ما ذكرناه وان جمع بين البيع والكتابة فان قلنا في البيع والاجارة انهما يبطلان بطل البيع والكتابة وان قلنا ان البيع والاجارة يصحان بطل البيع هاهنا لانه لا يجوز ان يبيع السيد من عبده وهل تبطل الكتابة يبنى على تفريق الصفقة فان قلنا لا تفرق بطل وان قلنا تفرق بطل البيع وصحت الكتابة *

باب الربا

الربا محرم والاصل فيه قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وقوله تعالى الذين ياكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس روي في التفسير حين يقوم من قبره وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه * فصل والاعيان التي نص على تحريم الربا فيها الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او استزاد فقد اربى فاما الذهب والفضة فانه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة وهو انهما من جنس الاثمان فيحرم الربا فيهما ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات والدليل عليه انه لا يجوز ان يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما الى الاموال لانه لو كان لمعنى يتعداهما الى غيرهما لم يجز اسلامهما فيما سواهما من الاموال لان كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز اسلام احدهما في الآخر كالذهب والفضة والشعير والحنطة فلما جاز اسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الاموال دل على ان العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما وهو انهما من جنس الاثمان واما الاعيان الاربعة ففيها قولان قال في الجديد العلة فيها انها مطعومة والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الطعام بالطعام مثلا بمثل والطعام اسم لما يطعم والدليل عليه قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم واراد به الذبائح وقالت عائشة رضي الله عنها مكثنا مع نبينا صلى الله عليه وسلم ما لنا طعام الا الاسودان الماء والتمر وقال لبيد لمعفر قهد تنازع شلوه غبس كواسب ما يمن طعامها واراد به الفريسة والحكم اذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه كالقطع في السرقة والحد

في الربا ولبن الحيوان ما دام مطعوماً يحرم فيه الربا فاذا ذرع وخرج عن ان يكون مطعوماً لم يحرم
فيه الربا فاذا انعقد الحب وصار مطعوماً حرم فيه الربا فدل على ان العلة فيه كونه
مطعوماً فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم من الاقوات والادام والحلاوات والفواكه
والادوية وفي الماء وجهان احدهما يحرم فيه الربا لانه مطعوم فهو كغيره والثاني لا يحرم
فيه الربا لانه مباح في الاصل غير متمول في العادة فلا يحرم فيه الربا وفي الادهان المطيبة
وجهان احدهما لا ربا فيها لانها تعد للانتفاع بريحها دون الاكل والثاني يحرم فيها
الربا وهو الصحيح لانه مأكول وانما لا يؤكل لانه ينتفع به فيما هو اكثر من الاكل وفي البزر
ودهن السمك وجهان احدهما لا ربا فيه لانه يعد للاستصباح والثاني انه يحرم فيه
الربا لانه مأكول فاشبه الشيرج وقال في القديم العلة فيها انها مطعومة مكيلة او مطعومة
موزونة والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الطعام بالطعام مثلاً بمثل والمماثلة لا
تكون الا بالكيل او بالوزن فدل على انه لا يحرم الا في مطعوم يكال او يوزن فعلى هذا لا
يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الاطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما اشبهها
فصل وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيه الربا فيجوز بيع بعضها
ببعض متفاضلاً ونسيئة ويجوز فيها التفرق قبل التقابض لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص
قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اجهز جيشاً فنفدت الابل فامرني ان آخذ على قلاص
الصدقة فكنت آخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وعن علي كرم الله وجهه انه باع
جملاً الى اجل بعشرين بعيراً وباع ابن عباس رضي الله عنه بعيراً باربعة ابعرة واشترى
ابن عمر رضي الله عنه راحلة باربع رواحل ورواحله بالربذة واشترى رافع بن خديج رضي الله
عنه بعيراً ببعيرين فاعطاه احدهما وقال آتيك بالآخر غداً ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة
لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالي بالكالي قال ابو عبيد
هو النسيئة بالنسيئة فصل فاما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه فان باعه بجنسه حرم فيه
التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لما روى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل

يداً بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد فان باعه بغير
جنسه نظرت فان كان مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة كالذهب والفضة والشعير والحنطة
حل فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلفت
هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد فان تبايعا وتخايرا في المجلس قبل التقابض
بطل البيع لان التخاير كالتفرق ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد وكذلك اذا تخايرا وان تبايعا
دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا ثم وجد احدهما بما قبض عيباً نظرت فان لم يتفرقا جاز ان يرد
ويطالب بالبدل لان المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق وان تفرقا ففيه قولان احدهما يجوز
ابداله لان ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه والثاني لا يجوز وهو قول المزني لانه اذا
ابدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز وان كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب
والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لاجماع الامة على جواز اسلام
الذهب والفضة في المكيلات المطعومة فصل وكل شيئين اتفقا في الاسم الخاص
من اصل الخلقة كالتمر البرني والتمر المعقلي فهما جنس واحد وكل شيئين اختلفا في الاسم من
اصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر والزبيب فهما جنسان والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه
وسلم ذكر ستة اشياء وحرم فيها التفاضل اذا باع كل شيء منها بما وافقه في الاسم واباح فيه
التفاضل اذا باعه بما خالفه في الاسم فدل على ان كل شيئين اتفقا في الاسم فهما جنس واذا اختلفا
في الاسم فهما جنسان وما اتخذ من اموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر باصولها فان
كانت الاصول اجناساً فهي اجناس وان كانت الاصول جنساً واحداً فهي جنس واحد فعلى هذا
دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان ودهن الجوز ودهن اللوز
جنسان واختلف قوله في رب الزيتون ورب الفجل فقال في احد القولين هما جنس واحد لانه يجمعهما
اسم الرب والثاني انهما جنسان وهو الصحيح لانهما مختلفان في الطعم واللون فكانا جنسين
كالتمر الهندي والتمر البرني ولانهما فرعا جنسين مختلفين فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز
واختلف قوله في اللحمان فقال في احد القولين هي اجناس وهو قول المزني وهو الصحيح لانها فروع
لاصول هي اجناس فكانت اجناساً كالادقة والادهان والثاني انها جنس واحد لانها تشترك

في الاسم الخاص في اول دخولها في تحريم الربا فكانت جنسا واحدا كالتمور ويخالف الادقة والادهان لان اصولها اجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا فاعتبر فروعها بها واللحمان لا يحرم الربا في اصولها فاعتبرت بنفسها فان قلنا ان اللحم جنس واحد لم يجز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاضلا وهل يدخل لحم السمك في ذلك فيه وجهان قال ابو اسحق يدخل فيها لحم السمك فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوانات متفاضلا لان اسم اللحم يقع عليه والدليل عليه قوله تعالى لتاكلوا منه لحما طريا ومن اصحابنا من قال لا يدخل فيها لحم السمك وهو المذهب لانه لا يدخل في اطلاق اسم اللحم ولهذا لو حلف لا ياكل اللحم لم يحنث باكل لحم السمك وان قلنا ان اللحوم اجناس جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس اخر متفاضلا فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم ولحم بقر الوحش بلحم بقر الاهل لانهما جنسان ولا يجوز بيع لحم الضان بلحم المعز ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلا لانهما نوعان من جنس واحد **فصل** واللحم الاحمر واللحم الابيض جنس واحد لان الجميع لحم واللحم والشحم جنسان واللحم والالية جنسان والشحم والالية جنسان واللحم والكبد جنسان والكبد والطحال جنسان واللحم والكلية جنسان لانها مختلفة الاسم والخلقة واما الالبان ففيها طريقان من اصحابنا من قال هي كاللحمان وفيها قولان ومنهم من قال الالبان اجناس قولا واحدا لانها تتولد من الحيوان والحيوان اجناس وكذلك الالبان واللحمان لا تتولد من الحيوان والصحيح انها كاللحمان **فصل** وما حرم فيه التفاضل لا يجوز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن لما روى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب تبره وعينه وزنا بوزن والفضة بالفضة تبرها وعينها وزنا بوزن والملح بالملح والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير كيلا بكيل فمن زاد او استزاد فقد اربى فان باع صبرة طعام بصبرة طعام وهما لا يعلمان كيلهما لم يصح البيع لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام وان باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعا بصاع فخرجتا متساويتين صح البيع وان خرجتا متفاضلتين ففيه قولان احدهما انه باطل لانه بيع طعام بطعام متفاضلا والثاني انه يصح فيما تساويا لانهما شرطا التساوي في الكيل فمن نقصت صبرته فهو بالخيار بين ان يفسخ البيع وبين ان يمضيه بقدر صبرته

لانه دخل على ان يسلم له جميع الصبرة ولم يسلم فثبت له الخيار وان باع صبرة طعام بصبرة شعير كيلا بكيل فخرجتا متساويتين جاز وان خرجتا متفاضلتين فان رضي صاحب الصبرة الزائدة بتسليم الزيادة اقر العقد ووجب على الاخر قبوله لانه ملك الجميع بالعقد وان رضي صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الزائدة اقر العقد وان تشاحا فسخ البيع لان كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على التساوي في المقدار وقد تعذر ذلك ففسخ العقد **فصل** ويعتبر التساوي فيما يكال او يوزن بكيل الحجاز ووزنه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المكيال مكيال اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة وان كان مما لا اصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت فان كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن لانه لا يمكن غيره وان كان مما يمكن كيله ففيه وجهان احدهما انه يعتبر باشبه الاشياء به في الحجاز فان كان مكيلا لم يجز بيعه الا كيلا وان كان موزونا لم يجز بيعه الا وزنا لان الاصل فيه الكيل والوزن بالحجاز فاذا لم يكن له في الحجاز اصل في الكيل والوزن اعتبر باشبه الاشياء به والثاني انه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع لانه اقرب اليه وان كان مما لا يكال ولا يوزن وقلنا بقوله الجديد انه يحرم فيه الربا وجوزنا بيع بعضه ببعض نظرت فان كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ وما اشبهها بيع وزنا وان كان مما يمكن كيله ففيه وجهان احدهما لا يباع الا كيلا لان الاصل هو الاعيان الاربعة المنصوص عليها وهي مكيلة فوجب رده الى الاصل والثاني انه لا يباع الا وزنا لان الوزن احصر **فصل** وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض ومع احد العوضين جنس اخر يخالفه في القيمة كبيع ثوب ودرهم بدرهمين ومد عجوة ودرهم بدرهمين ولا يباع نوعان من جنس بنوع كدينار قاساني ودينار سابوري بقاسانيين او سابوريين او دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين او دينارين قراضة والدليل عليه ما روى فضالة بن عبيد قال اتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها خرز معلقة بذهب ابتاعها رجل بتسعة دنانير او بسبعة دنانير فقال عليه السلام لا حتى تميز بينه وبينه فقال انما اردت الحجارة فقال لا حتى تميز بينهما

ولأن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما على قدر قيمتيهما والدليل
عليه أنه إذا باع سيفا وشقصا بألف قوّم السيف والشقص وقسم الألف عليهما على قدر
قيمتيهما وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته وأمسك المشتري السيف
بحصته من الثمن على قدر قيمته وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا لأنه إذا باع
دينارا صحيحا قيمته عشرون درهما ودينارا قراضة قيمته عشرة دراهم بدينارين وقسم
الثمن عليهما على قدر قيمتهما صار القراضة مقابلة بثلث الدينارين والصحيح بالثلثين
وذلك ربا. **فصل** ولا يباع خالصه بمشوبه كحنطة خالصة بحنطة فيها شعير
أو زوان وفضة خالصة بفضة مغشوشة وعسل مصفى بعسل فيه شمع لأن أحدهما
يفضل على الآخر ولا يباع مشوبه بمشوبه كحنطة فيها شعير أو زوان بحنطة فيها
شعير أو زوان أو فضة مغشوشة بفضة مغشوشة وعسل فيه شمع بعسل فيه شمع
لأنه لا يعلم التماثل بين الحنطتين وبين الفضتين وبين العسلين ويجوز أن يباع طعام بطعام
وفيه قليل تراب لأن التراب يحصل في شقوق الطعام ولا يظهر في الكيل وإن باع موزونا
بموزون من جنسه ~~ما حرم فيه الربا~~ من أموال الربا وفيه قليل تراب لم يجز لأن ذلك
يظهر في الوزن. **فصل** ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض لما روى سعد
بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال
أينقص الرطب إذا يبس فقيل نعم فقال فلا إذا فنهى عن بيع الرطب بالتمر وجعل
العلة فيه أنه ينقص عن يابسه فدل على أن كل رطب لا يجوز بيعه بيابسه وأما بيع
رطبه برطبه فينظر فيه فإن كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب لم يجز بيع
رطبه برطبه وقال المزني يجوز لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز بيع بعضه ببعض
كاللبن والدليل على أنه لا يجوز أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار
فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافا ويخالف اللبن فإن كماله في حال رطوبته
لأنه يصلح لكل ما يراد منه والكمال في الرطب والعنب في حال يبوسته لأنه يعمل منه
كل ما يراد منه ويصلح للبقاء والادخار وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه

ويس هو نص الشافعي في الام وبه اجاب في المقنع معتمد

ففيه قولان أحدهما لا يجوز لأنه جنس فيه ربا فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب
والثاني أنه يجوز لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن وفي
الرطب الذي لا يجيء منه التمر والعنب الذي لا يجيء منه الزبيب طريقان أحدهما أنه لا يجوز
بيع بعضه ببعض لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه وما لا يدخر منه نادر فألحق بالغالب
والثاني وهو قول أبي العباس أنه على قولين لأن معظم منفعته في حال رطوبته فكان
على قولين كسائر الفواكه وفي بيع اللحم الطري باللحم الطري طريقان أحدهما
وهو المنصوص أنه لا يجوز لأنه يدخر يابسه فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب
والثاني وهو قول أبي العباس أنه على قولين لأن معظم منفعته في حال رطوبته فصار
كالفواكه فإن باع منه ما فيه نداوة يسيرة بمثله كالتمر الحديث بعضه ببعض جاز
لأن ذلك لا يظهر في الكيل وإن كان فيما يوزن كاللحم لم يجز لأن ذلك يظهر في الوزن. **فصل**
وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصا فإنه يجوز للفقراء فيخرص
ما على النخل من الرطب وما يجيء منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمرا ويسلمه
إليه قبل التفرق والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم
هذه فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أن الرطب
يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من
التمر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي
في أيديهم يأكلونها رطبا وهل يجوز للأغنياء فيه قولان أحدهما لا يجوز وهو اختيار
المزني لأن الرخصة وردت في حق الفقراء والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فبقي في حقهم على
الحظر والثاني أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تباع بخرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا
ولم يفرق ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع وهل يجوز ذلك في الرطب
بالرطب فيه ثلاثة أوجه أحدها يجوز وهو قول أبي علي بن خيران لما روى زيد بن ثابت
قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيع العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك

ان تكون الرخصة عامة والسبب خاص كالرمل في الطواف والاضطباع امر به لاظهار القوة مع الكفار ثم عم جميع الازمنة معتمد

والثاني لا يجوز وهو قول أبي سعيد الإصطخري لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبتاعوا ثمر النخل بثمر النخل وليس الخرص بغرر وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام والثالث وهو قول أبي إسحاق أنه إن كان نوعا واحدا لم يجز لأنه لا حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده وإن كان نوعين جاز لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده ولا يجوز بيع العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤوس النخل بمائة فرق والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا في ما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وفي أحدها لا يجوز وهو قول المزني لأن الأصل هو الحظر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة وفي خمسة أوسق شك لأنه روي في حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق شك فيه داود ابن الحصين فبقي على الأصل ولأن الخمسة الأوسق في حكم ما زاد بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع فإذا لم يجز فيما زاد على خمسة أوسق لم يجز في خمسة أوسق والقول الثاني أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمة **فصل** وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب لأنه يدخر يابسه ويمكن خرصه فأشبه الرطب وفيما سوى ذلك من الثمار قولان أحدهما يجوز لأنه ثمرة يجوز بيع رطبها بيابسها خرصا كالرطب والثاني لا يجوز لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك ولأن سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستتارها في الأوراق فلم يجز بيعها خرصا **فصل** ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه لأن أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ويتفاضلان في حال الادخار فلم يجز

بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض فيه وجهان أحدهما يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا التمر بالتمر إلا سواء بسواء والثاني لا يجوز لأنه يتجافى في المكيال فلا يتحقق فيه التساوي ولأنه يحتمل تساويهما في حال الكمال والادخار فأشبه بيع التمر بالتمر جزافا **فصل** ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه لأن النار تعقد أجزاءه وتنحيه فإن بيع كيلا لم يجز لأنهما لا يتساويان في الكيل في حال الادخار وإن بيع وزنا لم يجز لأن أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزنا ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه لأن النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيحصل التفاوت واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا نعلم تساويهما ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من الشمع فصار كالعسل المصفى بالشمس واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لأن النار قد عقدت أجزاءه ومنهم من قال يجوز لأن ناره لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من القصب **فصل** ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلا لأن الدقيق هو الحب بعينه وإنما فرقت أجزاؤه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة وأما بيعه به متماثلا فالمنصوص أنه لا يجوز وقال الكرابيسي قال أبو عبد الله يجوز فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولا آخر وقال أكثر أصحابنا لا يجوز قولا واحدا ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد الله مالكا وأحمد فإن عندهما يجوز ذلك والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربا بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان في حال الادخار فلم يصح كبيع الرطب بالتمر ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز وإليه أومأ البويطي لأنهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول لأنه يحتمل التساوي فيهما في حال الكمال والادخار فأشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافا ولا يجوز بيع حبه بسويقه ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه في الدقيق ولأن النار قد دخلت فيه وعقدت أجزاءه فمنع التماثل ولا يجوز بيع خبزه بخبزه لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل ولأن الخبز موزون والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوي بينهما ولا يجوز بيع خبزه بخبزه

ليس فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل فمنع جواز العقد وإن جفف الخبز وجعل فتيتاً وبيع بعضه ببعض كيلاً ففيه قولان أحدهما لا يجوز لأنه لا نعلم تساويهما في حال الكمال فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب والثاني أنه يجوز لأنه يكيل فيدخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر

فصل ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج 25
والعنب بالعصير لأنه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه لأنه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب ويجوز بيع الشيرج بالشيرج ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأنه يخالطه الماء والملح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد والمذهب الأول لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير وأما الماء والملح فإنه يحصل في الكسب ولا ينعصر لأنه لو انعصر في الشيرج لبان عليه ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب لأن في خل الزبيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخلين ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب ولا بيع خل التمر بخل التمر لأنا إن قلنا إن الماء فيه ربا لم يجز للجهل بتماثل الماءين والجهل بتماثل الخلين وإن قلنا لا ربا في الماء لم يجز للجهل بتماثل الخلين وإن باع خل الزبيب بخل التمر فإن قلنا إن في الماء ربا لم يجز للجهل بتماثل الماءين وإن قلنا لا ربا في الماء جاز لأنهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب

تم الجزء الثالث عشر يتلوه في الجزء الرابع عشر

بسم الله الرحمن الرحيم

فصل ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة لأن اللبن يدخل في البيع ويقابله قسط من الثمن والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر ولأن اللبن في الضرع كاللبن في الإناء والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتثل ما فيها فجعل اللبن كالمال في الخزانة فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن وإن باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان قال أبو الطيب بن سلمة يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وإن كان في كل واحد منهما شيرج وكما يجوز بيع دار بدار وإن كان في كل واحدة منهما

بئر ماء وقال أكثر أصحابنا لا يجوز لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجز كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم لأنه لا يحصل إلا بطحن وعصر واللبن موجود في الضرع من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة وأما الدار فإن قلنا إن الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع إحدى الدارين بالأخرى ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض لأن عامة منافعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو الذي فيه حموضة لأنه لبن خالص وإنما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن وغير ذلك مما يستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسمسم ولا يجوز بيعه بالمخيض لأن المخيض لبن نزع منه الزبد والحليب لم ينزع منه الزبد فإذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان ولا يجوز بيعه بالشيراز واللبأ والجبن لأن أجزاءها قد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلاً لأنهما يتفاضلان ولا يجوز بيعهما وزناً لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزناً وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فإنه إن باع السمن بالسمن جاز لأنه لا يخالطه غيره قال الشافعي رحمه الله والوزن فيه أحوط وقال أبو إسحاق يباع كيلاً لأن أصله الكيل فإن باع الزبد بالزبد ففيه وجهان أحدهما يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن والثاني لا يجوز لأن الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد وإن باع المخيض بالمخيض فإن لم يطرح فيه الماء جاز لأنه بيع لبن بلبن وإن طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين وإن باع الجبن أو الأقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجز لأن أجزاءها منعقدة وتختلف انعقادها ولأن فيها ما يخالطه الملح والإنفحة وذلك يمنع التماثل وأما بيع نوع منه بنوع آخر فإنه ينظر فيه فإن باع الزبد بالسمن لم يجز لأن السمن مستخرج من الزبد ولا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمسم وإن باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله هما كالجنسين فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً وإن باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز وقال أبو إسحاق لا يجوز لأن في الزبد شيئاً من المخيض فيكون

٧٧

بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح لأن الذي فيه من المخيض لا يظهر إلا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر لأنه يؤدي إلى التفاضل

فصل ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه لما روى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يباع حي بميت وروى ابن عباس رضي الله عنه أن جزورا نحرت على عهد أبي بكر فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بها لحما فقال أبو بكر لا يصلح هذا ولأنه جنس فيه ربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم وفي بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان أحدهما لا يجوز للخبر والثاني يجوز لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب ويجوز بيع اللحم بحيسه إذا تناهى جفافه وينزع منه العظم لأنه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم فيه وجهان قال أبو سعيد الإصطخري يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض ويخالف النوى في التمر فإن فيه مصلحة له وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له

فصل ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لأنه جنس فيه ربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان

باب بيع الأصول والثمار

إذا باع أرضا وفيها بناء أو غراس نظرت فإن قال بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها وإن لم يقل بحقوقها فقد قال في البيع يدخل وقال في الرهن لا يدخل واختلف أصحابنا على ثلاث طرق فمنهم من قال لا يدخل في الجميع لأن الأرض ليس بعبارة عن الغراس والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها ومنهم من نقل جوابه في الرهن إلى البيع وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين أحدهما لا يدخل في الجميع لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء والثاني يدخل لأنه متصل بها فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض ومنهم من قال في البيع يدخل وفي الرهن لا يدخل لأن البيع عقد قوي يزيل الملك فدخل فيه الغراس والبناء والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فلم يدخل فيه الغراس والبناء وإن قال بعتك هذه القرية بحقوقها لم يدخل فيها المزارع لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع وإن قال بعتك هذه الدار

٧٨

الخوابي إذا كانت بالجيم فهي الأجاجين وإن كانت بالخاء فهي الخوابي

والسلاليم والأوتاد المغروزة من

دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة والخوابي والأجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها وإن كان فيها رحى مبنية دخل الحجر السفلاني في بيعها لأنه متصل بها وفي الفوقاني وجهان أحدهما أنه يدخل وهو الصحيح لأنه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب والثاني لا يدخل لأنه منفصل عن المبيع ويدخل الغلق المسمر في الباب وفي المفتاح وجهان أحدهما أنه يدخل فيه لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه والثاني لا يدخل لأنه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة وإن كان في الدار بئر ماء فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الأرض وأما الماء في البئر فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحق الماء غير مملوك لأنه لو كان مملوكا لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه لأنه إتلاف عين فلا يستحق بالإجارة كثمرة النخل ولوجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو علي بن أبي هريرة هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرملة لأنه من نماء الأرض فكان لمالك الأرض كالحشيش فإذا باع الدار فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري وينفسخ البيع وإن كان في الأرض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وإن كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي بن أبي هريرة وغير مملوك في قول أبي إسحق والحكم في دخوله في البيع على ما مضى في الماء وإن باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا هي متصلة بها فلم تدخل في بيعها

فصل وإن باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل وإن كان مؤبرا لم يدخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ولأن ثمرة النخل كالحمل لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع والحمل الظاهر لا يتبع فكذلك الثمرة قال الشافعي رحمه الله وما يتشقق في معنى ما أبر

٧٩

لانه ثمر ظاهر فهو كالمؤبر وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان احدهما انه لا يدخل في بيع الاصل لان جميع الطلع مقصود ماكول وهو ظاهر فلم يتبع الاصل كالتين والثاني انه يدخل في بيع الاصل وهو الصحيح لانه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الاصل كطلع الاناث وما قاله الاول لا يصح لان المقصود ما فيه وهو الكش ويصلح للتلقيح الذي تلقح به الاناث وهو غير ظاهر فدخل في بيع الاصل كطلع الاناث **فصل** وان باع حائطا ابر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع لانا لو قلنا ان ما ابر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ادى الى سوء المشاركة واختلاف الايدي فجعل ما لم يؤبر تبعا للمؤبر لان الباطن يتبع الظاهر ولم يجعل ما ابر تبعا لما لم يؤبر لان الظاهر لا يتبع الباطن ولهذا جعلنا اساس الدار تبعا لظاهرها في تصحيح البيع ولم يجعل ظاهرها تبعا للباطن في افساد البيع وقال ابو علي بن خيران ان كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر وان كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من احد النوعين تابعا للمؤبر من النوع الاخر لان النوع الواحد يتقارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الاول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الايدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد واما اذا كان له حائطان فابر احدهما دون الاخر وباعهما فان المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع احدهما الاخر لان افراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي فاعتبر كل واحد منهما بنفسه وان كان له حائط اطلع بعضه دون بعض فابر المطلع ثم باع الحائط ثم اطلع الباقي ففيه وجهان قال ابو علي بن ابي هريرة ما اطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري لانه حادث في ملكه فلا يصير للبائع والثاني انه يتبع المؤبر فيكون للبائع لانه من ثمرة عامه فجعل تابعا له كالطلع الظاهر في حال العقد فان ابر بعض الحائط دون بعض ثم افرد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلعه وجهان احدهما انه للبائع لانا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل انه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو افرد بعض المؤبر بالبيع والثاني انه للمشتري لانه انما جعل كالمؤبر اذا بيع معه فيصير تابعا له فاما اذا افرده فليس بتابع للمؤبر فيتبع اصله **فصل** قال الشافعي رحمه الله والكرسف اذا بيع اصله كالنخل

واراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة ويخرج ثمرته في كمام وتتشقق عنه كالنخل فان باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمشتري وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل واما ما لا يحمل الا في سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع وقد ذكرناه ان شاء الله **فصل** وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما ان يقصد منه الورد او الورق او الثمرة فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمام ثم ينفتح منه كالورد فهو كالنخل فان كان في الكمام تبع الاصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الاصل كالطلع المؤبر وان كان الكمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري وان كان مما يقصد منه الورق ففيه وجهان احدهما انه ان لم يتفتح فهو للمشتري وان تفتح فهو للبائع لان الورق من هذا كالثمرة من سائر الاشجار والثاني انه للمشتري تفتح او لم يتفتح لانه بمنزلة الاغصان من سائر الاشجار وليس كالثمر لان ثمرة التوت ما يؤكل منه وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على اربعة اضرب احدها ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط وما ظهر بعد العقد فهو للمشتري لان الظاهر منه كالطلع المؤبر والباطن كالطلع الذي لم يؤبر والثاني ما يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الاكل كالرمان والموز فهو للبائع لان كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة والثالث ما يخرج وعليه قشران كالجوز واللوز والرانج فالمنصوص انه كالرمان لا يدخل في بيع الاصل لان قشره لا يتشقق كما لا يتشقق قشر الرمان ومن اصحابنا من قال هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر لانه لا يترك في القشر الاعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع والرابع ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى فاختلف اصحابنا فيه فقال ابو اسحق والقاضي ابو حامد هو كثمرة النخل ان تناثر عنه النور فهو للبائع وان لم يتناثر فهو للمشتري وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي ابي الطيب رحمه الله لان استتارها بالنور كاستتار الثمرة في الطلع وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها وقال الشيخ ابو حامد الاسفرايني رحمه الله هو للبائع وان لم يتناثر النور عنها لان الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل

يعرف الناس بما عليها من القشر الابيض ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الابيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور

فصل وان باع ارضا وفيها نبات غير الشجر فان كان مما له اصل يحمل مرة بعد اخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثا دخل الاصل في البيع وما ظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالاشجار وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الاصل لانه نماء ظاهر لا يراد للبقا فلم يدخل في بيع الاصل كالطلع المؤبر وفي بيع الارض طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان لانها في يد البائع الى ان يحصد الزرع فكان في بيعها قولان كالارض المستاجرة ومنهم من قال يصح بيع الارض قولا واحدا لان المبيع في يد المشتري وانما يدخل البائع للسقي او الحصاد فجاز بيعه قولا واحدا كالامة المزوجة وان باع ارضا وفيها بذر لم يدخل البذر في البيع لانه مودع في الارض فلم يدخل في بيعها كالركاز فان باع الارض مع البذر ففيه وجهان احدهما انه يصح تبعا للارض والثاني لا يصح وهو المذهب انه لا يجوز بيعه منفردا فلم يجز بيعه مع الارض

فصل اذا باع اصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى اوان الجداد فان كان مما يقطع بسرا كالجيسوان والقرشي لم يكلف قطعه الى ان يصير بسرا وان كان مما لا يقطع الا رطبا لم يكلف قطعه الى ان يصير رطبا لان نقل المبيع على حسب العادة ولهذا اذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح وان اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله

فصل فان اصاب النخل عطش وخاف ان تشرب الثمرة الما من اصل النخل فتهلك ففيه قولان احدهما لا يكلف البائع قطع الثمرة لان المشتري دخل في العقد على ان تترك الثمار الى الجداد فلزمه تركه والثاني انه يكلف قطعه لان المشتري انما رضي بذلك اذا لم يضر به فاذا اضر به لم يلزمه تركه فان احتاج احدهما الى سقي ماله ولم يكن على الاخر ضرر جاز له ان يسقيه لانه اصلاح لماله من غير اضرار بالغير وان كان على الاخر ضرر في السقي وتشاحا ففيه وجهان قال ابو اسحق يفسخ العقد لانه ليس احدهما

اولى من الاخر في الاضرار فوجب ان يفسخ وقال ابو علي بن ابي هريرة يجبر الممتنع منهما لانه حين دخل في العقد رضي بدخول الضرر عليه لانه يعلم انه لا بد من السقي وتجب اجرة السقي على من يسقي لان منفعته تحصل له

فصل ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهي والسنبل والزرع حتى يبيض ويامن العاهة ولان المبيع انما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح والعادة في الثمار تركها الى اوان الجداد فاذا باعها قبل بدو الصلاح لم يامن ان تصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وان باعها بشرط القطع جاز لانه ياخذه قبل ان يتلف فيامن الغرر وان باع الثمرة مع الاصل او الزرع مع الارض قبل بدو الصلاح جاز لان حكم الغرر يسقط مع الاصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الاصل وان باع الثمرة ممن يملك الاصل او الزرع ممن يملك الارض ففيه وجهان احدهما يصح لانه يحصل لمالك الاصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والارض والثاني لا يصح لانه افرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فاشبه اذا باعها من غير مالك الاصل وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر ولانه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلان يجوز بعد بدو الصلاح اولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر ولانه امن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الاموال ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجداد للخبر ولان اطلاق البيع يقتضي التبقية الى اوان الجداد فاذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز

فصل وبدو الصلاح في الثمار ان يطيب اكلها فان كان رطبا فبان يحمر او يصفر وان كان عنبا اسود فبان يتموه وان كان ابيض فبان يرق ويحلو وان كان زرعا فبان يشتد وان كان بطيخا فبان يبدو فيه النضج وان كان قثا فبان يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل والدليل عليه ما روى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الثمرة حتى تزهي وروى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز

بيع ذلك الجنس كله في ذلك الحائط لأنا لو قلنا لا يجوز إلا فيما بدا صلاحه أدى إلى المشقة
والضرر بسوء المشاركة ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ولا ما لم يبد فيه
الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر لأن المنع من ذلك لا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة فإن
بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ٤٢
ففيه وجهان أحدهما يجوز لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح في إفراده بالبيع والثاني
لا يجوز لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح وما أجيز بيعه تبعا
لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل **فصل** إذا ابتاع زرعا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم
يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجداد لأن العادة فيهما تركهما إلى الحصاد والجداد فلم يكلف
نقله قبله كما نقول فيمن اشترى متاعا بالليل لا يكلف نقله إلا بالنهار فإن احتاجت الثمرة
أو الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجداد والحصاد وذلك لا
يحصل إلا بالسقي فلزمه **فصل** وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدثت ثمرة
أخرى واختلطت ولم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى
ففيه قولان أحدهما أنه ينفسخ البيع وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد فإن البائع
لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله فإن رضي البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله وإذا تعذر
تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع والثاني لا ينفسخ لأن المبيع باق وإنما انضاف
إليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن أو شجرة فكبرت فإن قلنا لا ينفسخ قلنا للبائع إن سمحت
بحقك أقر العقد وإن لم تسمح فسخ وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث
حمل للمشتري واختلط ولم يتميز ففيه طريقان قال أبو علي بن خيران وأبو علي الطبري لا ينفسخ
العقد قولا واحدا بل يقال إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجرة
ولم تختلط الشجرة بغيرها وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع
كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن
البيع لا ينفسخ في الدار وقال المزني وأكثر أصحابنا إنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود
بالشجرة هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع

حتى زادت وطالت ففيه طريقان أحدهما أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع إن سمحت
بحقك أقر العقد وإن لم تسمح فسخ لأنه لم يختلط المبيع بغيره وإنما زاد المبيع في نفسه فصار
كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزيلا فسمن والثاني وهو الصحيح أنه على قولين أحدهما أنه
ينفسخ البيع والثاني لا ينفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فإن تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا
يجبر البائع على تسليم العبد مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ولهذا لا يجبر البائع ٤٤
على تسليمها فدل على الفرق بينهما **فصل** وإن كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين
بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز فالبيع باطل وقال
الربيع فيه قول آخر أن البيع يصح ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جزة من الرطبة فلم
يأخذ حتى حدثت جزة أخرى أن البيع يصح في أحد القولين والصحيح هو الأول لأنه باع ما لا يقدر
على تسليمه لأن العادة فيها الترك فإذا ترك اختلط به غيره فيتعذر التسليم بخلاف
الرطبة فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم

باب بيع المصراة والرد بالعيب

إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم أنها مصراة ثم علم أنها
مصراة فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال لا تصروا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو
بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر
وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع محفلة فهو بالخيار
ثلاثة أيام فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا واختلف أصحابنا في وقت الرد فمنهم من
قال يتقدر الخيار بثلاثة أيام فإن علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث
ومنهم من قال إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فإن لم يرد سقط خياره لأنه
خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب **فصل** فإن اختار رد المصراة
رد بدل اللبن الذي أخذه واختلفت الرواية فيه فروى أبو هريرة صاعا من تمر وروى ابن عمر رضي
الله عنه مثل أو مثلي لبنها قمحا واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس بن سريج يرد في كل
بلد من غالب قوته وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر وحديث ابن عمر على من قوت بلده

القمح كما قال في ذكره الفطر صاعاً من بر او صاعاً من شعير واراد التمر لمن قوته التمر والشعير لمن قوته الشعير وقال ابو اسحق الواجب صاع من التمر لحديث ابي هريرة وتاول حديث ابن عمر عليه اذا كان مثل لبنها من القمح اكثر قيمة من صاع من التمر فتطوع به وان كانت قيمة الصاع بقيمة الشاة او اكثر ففيه وجهان قال ابو اسحق يجب عليه قيمة صاع بالحجاز لانا لو اوجبنا صاعاً بقيمة الشاة حصل للبايع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز لانه هو الاصل ومن اصحابنا من قال يلزمه الصاع وان كان بقيمة الشاة او اكثر ولا يودي الى الجمع بين الشاة وبدلها لان الصاع ليس بدلاً عن الشاة وانما هو بدل عن اللبن فجاز كما لو غصب عبداً فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ولا يكون ذلك جمعاً بين العبد وقيمته لان القيمة بدل عن العضو المتلف وان كان ما حلب من اللبن باقياً فاراد رده ففيه وجهان قال ابو اسحق لا يجبر البايع على اخذه لانه صار بالحلب ناقصاً لانه يسرع اليه التغير ولا يجبر على اخذه ومن اصحابنا من قال يجبر لان نقصانه حصل بمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد ولانه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز افراد الشاة بالرد لانه افراد بعض المعقود عليه بالرد فلما جاز ذلك ها هنا وان لم يجز في ساير المواضع جاز رد اللبن ها هنا مع نقصانه بالحلب وان لم يجز في ساير المواضع ۝ فصل وان اشترى جارية مصراة ففيه اربعة اوجه احدها انه يردها ويرد معها صاعاً لانه يقصد لبنها فثبت بالتدليس فيه الخيار والصاع كالشاة والثاني انه يردها ولا يرد معها بدل لبنها لان لبنها يقصد لتربية الولد ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد ولا يرد بدله لانه لا يباع ولا يقصد بالعوض والثالث لا يردها لان الجارية لا يقصد في العادة الا عينها دون لبنها والرابع لا يردها ويرجع بالارش لانه لا يمكن ردها مع عوض اللبن لانه ليس للبنها عوض مقصود ولا يمكن ردها من غير عوض لانه يودي الى اسقاط حق البايع من لبنها من غير بدل ولا يمكن اجبار المبتاع على امساكها بالثمن المسمى لانه لم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن فوجب ان يرجع على البايع بالارش كما لو وجد بالمبيع عيباً وحدث عنده عيب ۝ فصل وان اشترى اتاناً مصراة فان قلنا بقول الاصطخري ان لبنها طاهر ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة وان قلنا بالمنصوص انه نجس ففيه وجهان احدهما انه يردها ولا يرد بدل اللبن لانه لا قيمة

له فلا يقابل ببدل والثاني يمسكها ويأخذ الارش لانه لا يمكن ردها مع البدل لانه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من اسقاط حق البايع من لبنها ولا يجبر على امساكها بالثمن لانه لم يبذل الثمن الا ليسلم له الاتان مع اللبن ولم يسلم فوجب ان يمسك ويأخذ الارش ۝ فصل اذا ابتاع شاة بشرط ان تحلب كل يوم خمسة ارطال ففيه وجهان بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها احدهما لا يصح لانه شرط مجهول فلم يصح والثاني انه يصح لانه يعلم بالعادة فصح شرطه فعلى هذا اذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد ۝ فصل اذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان انها سبطة او سود شعرها ثم بان انه ابيض شعرها او حمر وجهها ثم بان انه اصفر وجهها ثبت له الرد لانه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية وان سبط شعرها ثم بان انها جعدة ففيه وجهان احدهما لا خيار له لان الجعدة اكمل واكثر ثمناً والثاني انه يثبت له الخيار لانه قد يكون السبطة احب اليه واحسن عنده وهذا لا يصح لانه لا اعتبار به وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن والجعدة اكثر ثمناً من السبطة وان ابتاع صبرة ثم بان انها كانت على صخرة او بان ان باطنها دون ظاهرها في الجودة ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسائل قبلها ۝ فصل من ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز ان يبيعها حتى يبين عيبها لما روى عقبة بن عامر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول المسلم اخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من اخيه بيعاً يعلم فيه عيباً الا بينه له وان علم غير المالك بالعيب لزمه ان يبين ذلك لمن يشتريه لما روى ابو سباع قال اشتريت ناقة من دار واثلة بن الاسقع فلما خرجت بها ادركنا عقبة بن عامر فقال هل بين لك ما فيها قلت وما فيها انها لسمينة ظاهرة الصحة فقال اردت بها سفراً ام اردت بها لحماً قلت اردت عليها الحج فقال ان بخفها نقباً فقال صاحبها اصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد علي قال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لاحد يبيع شيئاً الا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه فان باع ولم يبين العيب صح البيع لان النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية ۝ فصل فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين ان يمسك وبين ان يرد لانه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة وان ابتاع شيئاً ولا عيب به ثم حدث به عيب في ملكه نظرت فان كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لان المبيع مضمون على البايع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد وان حدث العيب بعد القبض

بطرف فان لم يستند الى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لانه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب
الحادث وان استند الى ما قبل القبض بان كان عبداً فسرق او قطع يداً قبل القبض فقطعت
يده بعد القبض ففيه وجهان احدهما انه يرد وهو قول ابي اسحق لانه قطع بسبب كان قبل
القبض فصار كما لو قطع قبل القبض والثاني انه لا يرد وهو قول ابي علي بن ابي هريرة لان
القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله فصل اذا وجد
المشتري بالمبيع عيباً لم يخل اما ان يكون المبيع باقياً على جهته او زاد او نقص فان كان باقياً
على جهته واراد الرد لم يؤخره فان اخره من غير عذر سقط الخيار لانه خيار ثبت بالشرع
لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة فان كان المبيع دابة فساقها ليردها
فركبها في الطريق او علفها او سقاها لم يسقط حقه من الرد لانه لم يرض بالعيب ولم
يوجد منه اكثر من الركوب والعلف والسقي وذلك حق له الى ان يرد فلم يمنع الرد وله
ان يرد بغير رضا البائع ومن غير حضوره لانه رفع عقد جعل اليه فلا يعتبر فيه رضا
صاحبه ولا حضوره كالطلاق فان اشترى ثوباً او جارية فوجد بالثوب عيباً او وطئ الجارية ففيه
وجهان احدهما انه يفسخ البيع كما يفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء والثاني لا يفسخ لان
الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز فسخه الا بالقول فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء
على القولين في الامة اذا اعتقت تحت عبد ثم اعتق العبد قبل ان تختار الامة الفسخ احدهما
يسقط الخيار لان الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر والثاني لا يسقط لان الخيار ثبت بوجود
العيب فلا يسقط من غير رضاه وان قال البائع انا ازيل العيب مثل ان يبيع ارضاً فيها حجارة
مدفونة يضر تركها بالارض فقال البائع انا اقلع ذلك في مدة لا اجرة لمثلها سقط حق المشتري
من الرد لان ضرر العيب يزول من غير اضرار وان قال البائع امسك المبيع وانا اعطيك ارش العيب
لم يجبر المشتري على قبوله لانه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على امساك معيب
ببعض الثمن فان قال المشتري اعطني الارش لامسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الارش لانه لم يبذل
المبيع الا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن فان تراضيا على دفع الارش لاسقاط
الخيار ففيه وجهان احدهما يجوز وهو قول ابي العباس لان خيار الرد يجوز ان يسقط الى المال وهو اذا

حدث عند المشتري عيب فجاز اسقاطه الى المال بالتراضي كالخيار في القصاص والثاني لا يجوز
وهو المذهب لانه خيار فسخ فلم يجز اسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة فان تراضيا
على ذلك وقلنا انه لا يجوز فهل يسقط خياره فيه وجهان احدهما انه يسقط لانه رضي بامساك
العين مع العيب والثاني لا يسقط وهو المذهب لانه رضي باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له
العوض فبقي الخيار وان اراد ان يرد بعضه لم يجز لان على البائع ضرراً في تبعيض الصفقة عليه فلم
يجز من غير رضاه وان اشترى عبدين فوجد باحدهما عيباً فهل له ان يفرده بالرد فيه قولان
احدهما لا يجوز لانه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه والثاني يجوز لان العيب
اختص باحدهما فجاز ان يفرده بالرد وان ابتاع اثنان عبداً فاراد احدهما ان يمسك حصته
واراد الآخر ان يرد حصته جاز لان البائع فرق الملك في الايجاب لهما فجاز ان يرد عليه احدهما
دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين فان مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق لازم
يختص بالمبيع فانتقل بالموت الى الوارث كحبس المبيع الى ان يحضر الثمن فان كان له وارثان فاراد
احدهما ان يرد نصيبه دون الآخر لم يجز لانه تبعيض صفقة في الرد فلم يجز من غير رضى البائع كما
لو اراد المشتري ان يرد بعض المبيع فصل وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت فان كانت الزيادة
لا تتميز كالسمن والطول واختار الرد رد مع الزيادة لانها لا تنفرد عن الاصل في الملك فلا يجوز ان يرد
دونها وان كانت زيادة منفصلة كاكتساب العبد فله ان يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة
رضي الله عنها ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه
الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الخراج بالضمان وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت او شجرة فاثمرت عنده
رد الاصل وامسك الولد والثمرة لانه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز له ان يمسكه ويرد
الاصل كغلة العبد وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وامسك
الولد لما ذكرناه ومن اصحابنا من قال لا يرد الام بل يرجع بالارش لان التفريق بين الام والولد فيما دون سبع
لا يجوز والاول هو الاصح وهذا لا يصح لان التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ولهذا قال الشافعي رحمه الله
في الجارية المرهونة انها تباع دون الولد فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده فان قلنا ان الحمل له حكم

ص اخذا من ان الحكم له حكم كما مر

ورد الجميع وإن قلنا لا حكم للحمل رد الأم دون الولد وإن كان المبيع جارية ثيبًا فوطئها ثم
علم بالعيب فله أن يردها لأنه استمتاع لا يتضمن نقصًا فلم يمنع الرد كالاستخدام فصل
وإن وجد العيب وقد نقص المبيع نظرت فإن كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب
على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة لم يجز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع
وبه عيب فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه ويستقر حقه إلى الأرش لأنه فات جزء من المبيع ٤٩
وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش فإن قال البائع أنا آخذ
المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد وإنما منع من الرد للعيب الحادث
في يده فإذا رضي به صار كأنه لم يحدث عنده عيب فلم يكن له غير الرد وإن قال المشتري
أعطني معه أرش العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب به عند البائع
فقال خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشتري قبوله فصل وإذا أراد الرجوع
بالأرش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون فيعلم أنه قد
نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ولا يرجع بما نقص من قيمته لأن الأرش بدل عن
الجزء الفائت ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن فإذا فات قدر العشر منه رجع
بعشر الثمن كالحر لما ضمن جميعه بالدية ضمن الجزء منه بجزء من الدية ولأنا لو قلنا إنه يرجع
بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشتري لأنه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة
فإذا رجع بالعشرة رجع إليه جميع الثمن فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لا يجوز وإن اختلفت قيمة المبيع
من حال العقد إلى حال القبض قوم بأقل القيمتين لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان
ما نقص في يده مضمونًا عليه وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع وإن كانت
قيمته وقت العقد أقل ثم زاد في يده فإنها زيادة حدثت في ملك المشتري لأنه لا حق للبائع فيها
فلا يجوز إدخالها في التقويم فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره ثم علم به
عيبًا لم يجز له الرجوع بأرش العيب لأن ذلك يؤدي إلى رجوع جزء من الثمن فيصير الألف بدون الألف وذلك
لا يجوز فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر وحكى أبو القاسم الداركي وجهًا آخر
أنه يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به والدليل عليه أنه يجوز الرجوع

بالأرش في غير هذا ولا نسلم أن هذا لا يجوز لأنه يصير الثمن مجهولًا فصل وإن وجد العيب
وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزًا أو بيضًا أو غير ذلك مما لا
يوقف على عيبه إلا بكسره فكسره نظرت فإن كسره وجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن
فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن وإن كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ
الحامض وما دود بعضه من المأكول نظرت فإن كسر منه قدرًا لا يوقف على العيب بما دونه ففيه قولان
أحدهما أنه لا يرد وهو قول المزني لأنه نقص حدث في يد المشتري فمنع الرد كقطع الثوب والثاني لا ٥٠
يمنع الرد لأنه معنى لا يوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب فإن قلنا لا يرد رجع
بأرش العيب على ما ذكرناه وإن قلنا يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر فيه قولان أحدهما
يلزمه كما يلزمه بدل لبن المصراة والثاني لا يلزمه لأن الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب
مستحق له فإن قلنا يلزمه الأرش قوم معيبًا صحيحًا ومعيبًا مكسورًا ثم يرجع عليه بما بين القيمتين
لأنه إذا رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة فضمن نقصانه
بما نقص من القيمة وخالف الأرش مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن فضمن نقصانه
بجزء من الثمن وإن كسر منه قدرًا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان أحدهما لا يجوز
الرد قولًا واحدًا لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب
والثاني أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه
فسوى بين القليل والكثير فصل وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه ثبت
له أرش العيب لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب وإن لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد
لم يطالب بالأرش لأنه لم ييأس من الرد فإن رجع رده بالعيب وإن هلك رجع عليه بالأرش فإن لم
يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش واختلف أصحابنا في علته فقال أبو إسحاق العلة
فيه أنه استدرك الظلامة وغبن كما غبن فزال عنه ضرر العيب وقال أكثر أصحابنا العلة
فيه أنه لم ييأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرده فإن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري
الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة وإن حدث عند الثاني عيب رجع على
الأول بالأرش رجع هو على بائعه لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة وإن تلف في يد الثاني وقلنا

بعليل إلى أسنى لم يرجع لأنه استدرك الظلامة وإن قتل بعليل غيره رجع بالأرش
لأنه قد أيس من الرد وإن رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو إرث لم يرد على بعليل إلى أسنى لأنه
استدرك الظلامة وعلى بعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه
من غيره فإن كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش
لأنه لم ييأس من الرد فإن رجع المبيع إليه أو هبة أو إرث فله الرد بلا خلاف لأنه أمكنه الرد
51 ولم يستدرك الظلامة **فصل** والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا فإن خفي منه
شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس فإن اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو
أخرس أو مجذوما أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا أو آبقا
فله الرد لأن هذه عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها فلا يلزمه العقد مع وجودها
وإن وجده يبول في الفراش فإن كان صغيرا لم يرد لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا وإن
كان كبيرا رد لأن ذلك عاهة ونقص وإن وجده خصيا ثبت له الرد لأن العقد يقتضي سلامة
الأعضاء وهذا ناقص وإن وجده غير مختون فإن كان صغيرا لم يثبت له الرد لأنه لا يعد
ذلك نقصا في الصغير لأنه لا يخاف عليه منه وإن كان كبيرا ثبت له الرد لأنه يعد نقصا في الكبير
لأنه يخاف عليه منه وإن كانت جارية لم ترد صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا
يخاف منه عليها وإن اشترى جارية فوجدها مغنية لم يرد لأنه لا ينقص به العين ولا القيمة
فلم يعد ذلك عيبا وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص
وإنما هو عدم فضيلة فإن وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه
وإن وجده كتابيا لم يثبت له الرد لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه وإن اشترى أمة
فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجرا ثبت له الرد لأن إطلاق البيع يقتضي سلامة
المنافع للمشتري ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد وإن اشترى شيئا فتبين أنه غبن في ثمنه لم
يثبت له الرد لما روي أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فقال إذا بعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثا ولم يثبت له خيار الغبن ولأن المبيع سليم ولم يوجد
من جهة البائع تدليس وإنما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له الرد **فصل** وإن

التدليس ... العيب
ما ... التدليس ... الظلم

اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ثبت
له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد
لأن الخصي أنقص من الفحل في الخلقة والبطش والقوة وإن شرط أنه خصي فوجده فحلا ثبت له الرد
لأن الفحل دون الخصي في الثمن والدخول إلى الحرم وإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد
52 لأن الكافر دون المسلم في الدين وإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد وقال المزني
لا يثبت له الرد لأن المسلم أفضل من الكافر وهذا لا يصح لأن المسلم أفضل في الدين إلا أن الكافر أكثر
ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر والمسلم لا يشتريه الكافر وإن اشترى جارية على أنها بكر
فوجدها ثيبا ثبت له الرد لأن الثيب دون البكر وإن اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا
لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل من الثيب ومن أصحابنا من قال يثبت له الرد لأنه قد يكون ضعيفا لا
يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه والمذهب الأول لأنه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار
بما يزيد في الثمن والبكر أفضل من الثيب في الثمن وإن باعه حيوانا على أنه بغل فوجده حمارا أو على أنه
حمار فوجده بغلا ففيه وجهان أحدهما أن البيع صحيح لأن العقد وقع على العين والعين موجودة
فصح البيع ويثبت له الرد لأنه لم يجده على ما شرط والثاني أن البيع باطل لأن العقد وقع على
جنس فلا ينعقد في جنس آخر وإن اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة
فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة ولم
تسلم له فثبت له الخيار كما لو وجد بالمبيع عيبا وإن وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان
أحدهما أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله كما
أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة والثاني أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم
ما زاد على عشرة ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والناحية من الأرض لأنه لم يرض
بالشركة والتبعيض فوجب أن يبطل العقد فإن اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون
المائة فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن لأنه
يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها
مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لأنا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقص لو كانت موجودة

والبيع باطل لانه لا يسوغ على الوجه الاخر الا ان قلنا بتفريق الصفقة والطريق الذي تفرق

لتسقطها من الثمن وان وجد المشتري اكثر مما به فقد احد المائة بالثمن وترك الزيادة لانه
يمكن هذا ما عقد عليه من غير اضرار **فصل** وان باع عبدا جانيا ففيه قولان احدهما
ان البيع صحيح وهو اختيار المزني رحمه الله لانه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته
قتل فصح بيعه كالعبد المرتد او حيث هلاكه وترجا سلامته فجاز بيعه كالمريض وان كانت خطأ
فلانه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره فلا يمنع من بيعه والقول الثاني ان البيع باطل ٥٧
لانه عبد تعلق برقبته دين لادمي فلا يصح بيعه كالمرهون وفي موضع القولين ثلث طرق احدها
ان القولين في العمد والخطأ لان القصاص حق لادمي فهو كالمال ولانه يسقط الى مال بالعفو فكان كالمال
والثاني ان القولين في جناية لا توجب القصاص فاما فيما يوجب القصاص فلا يمنع البيع قولا واحدا
لانه كالمرتد والثالث ان القولين فيما يوجب القصاص فاما فيما يوجب المال فلا يجوز قولا واحدا لانه
كالمرهون فاذا قلنا ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان قال ابو العباس
وابو علي بن ابي هريرة ان علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالارش وان لم يعلم رجع
بارش العيب لان تعلق القتل برقبته كالعيب لانه ترجا سلامته وتخشا هلاكه فهو كالمريض
واذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالارش وان لم يعلم رجع فكذلك
هاهنا فعلى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل فوم وهو جاني وقوم غير جاني ويرجع بما بينهما من الثمن وقال
ابو اسحق وجوب القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على
البايع علم بالجناية حال العقد او لم يعلم لانه ازيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البايع
فاشبه اذا استحق ويخالف المريض فانه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البايع وانما مات بزيادة مرض
حدث في يد المشتري فعلى هذا يرجع بجميع الثمن وان اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ففيه وجهان
في قول ابي اسحق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن وعلى قول ابي العباس وابي علي بن ابي هريرة ان كان قد علم
بالردة لم يرجع بالارش وان لم يعلم رجع بالارش ووجههما ما ذكرناه في الجاني عمدا وان قبل
العقد في المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ ابو حامد الاسفرايني رحمه الله في التعليق
ان البيع باطل لانه لا منفعة فيه لانه مستحق القتل فلا يصح بيعه كالحشرات وقال شيخنا
القاضي ابو الطيب الطبري رحمه الله يصح بيعه لان فيه منفعة وهو ان يعتقه فيصح بيعه كالزمن

فعلى هذا اذا قتل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمدا في غير المحاربة وقد بيناه
فصل اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان احدهما وهو قول ابي سعيد
الاصطخري ان المسألة على ثلثة اقوال احدها انه يبرأ من كل عيب لانه عيب رضي به المشتري فبرئ
منه البايع كما لو وقفه عليه والثاني لا يبرأ من شيء من العيوب لانه شرط يرتفق به احد
المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالاجل المجهول والرهن المجهول والثالث انه لا يبرأ الا من عيب واحد
وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البايع لما روى سالم ان اباه باع غلاما بثمان مائة
بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر
احلف لقد بعته وما به داء تعلمه فابى ابن عمر ان يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك
بالف وخمسمائة فدل على انه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه قال الشافعي رحمه الله ولان الحيوان
يفارق ما سواه لانه يغتذي بالصحة والسقم وتحول طبايعه وقل ما يبرأ من عيب يظهر او يخفى
فدعت الحاجة الى التبري من العيب الباطن فيه لانه لا سبيل الى معرفته وتوقيف المشتري عليه
وهذا المعنا لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان فلم يجز التبري
منه مع الجهالة والطريق الثاني ان المسألة على قول واحد وهو انه يبرأ من كل عيب باطن
في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره وتاول هذا القايل ما اشار اليه الشافعي رحمه الله
من القولين الاخرين على انه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه فان قلنا ان الشرط باطل
فهل يبطل البيع فيه وجهان احدهما لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمن رضي الله عنه فانه
امضى البيع والثاني انه يبطل لان هذا الشرط يقتضي جزءا من الثمن تركه البايع لاجل الشرط
فاذا سقط وجب ان يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا اضيف
الى معلوم صار الجميع مجهولا فيصير الثمن مجهولا فيفسد العقد والله اعلم **باب بيع المرابحة**
من اشترى سلعة جاز له بيعها براس المال وباقل منه وباكثر منه لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ويجوز ان يبيعها مرابحة وهو ان يبين راس المال وقدر الربح
بان يقول ثمنها مائة وقد بعتكها براس مالها وربح درهم في كل عشرة لما روي عن ابن مسعود
انه كان لا يرا باسا ببيع ده يازده وده دوازده ولانه ثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال بعتك

بمائة وعشرة و يجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول رأس مالي فيها مائة وقد بعتك برأس
مالي فيها ووضع درهم من كل عشرة لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال بعتك بمائة إلا 55
عشرة ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد
الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيعه منه بحصته وإن كان مما تختلف كالثوبين
والعبدين قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن لأن
الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمتهما ولهذا لو اشترى سيفا وشقصا بألف قسم الثمن
عليهما على قدر قيمتهما ثم أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته

فصل

ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم البيع به فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه أو ألحق به
زيادة نظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد ولم يحط في بيع المرابحة ما حط
عنه ولا يخبر بالزيادة لأن البيع استقر بالثمن الأول فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض
فلم يتغير به الثمن وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط
والزيادة وقال أبو علي الطبري إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه
بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم
يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به وإن اشترى ثوبا بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم
وطرزه بدرهم قال هو علي بثلاثة عشر درهما أو قام علي بثلاثة عشر وما أشبه ذلك ولا يقول اشتريته
بثلاثة عشر ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر لأن ذلك كذب وإن قال رأس مالي ثلاثة عشر ففيه وجهان
أحدهما لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن والثمن عشرة والثاني يجوز لأن رأس المال ما وزن
فيه وقد وزن فيه ثلاثة عشر وإن عمل فيه ذلك بنفسه قال اشتريته بعشرة وعملت فيه ما
يساوي ثلاثة دراهم ولا يقول هو علي بثلاثة عشر لأن عمله لنفسه لا أجرة له ولا يتقوم عليه
وإن اشترى عينا بمائة ووجد بها عيبا وحدث عنده عيب ورجع بالأرش وهو عشرة دراهم
قال هي علي بتسعين أو تقوم علي بتسعين ولا يجوز أن يقول الثمن مائة لأن الرجوع بالأرش
استرجاع جزء من الثمن فخرج عن أن يكون الثمن مائة ولا يقول اشتريتها بتسعين لأنه كذب
وإن كان المبيع عبدا فجنى ففداه بأرش الجناية لم يضف ما فداه به إلى الثمن لأن الفداء جعل

لاستيفاء الملك فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة وإن جني عليه فأخذ الأرش ففيه
وجهان أحدهما أنه لا يحط من الثمن قدر الأرش لأنه كما لا يضيف ما فداه به من الجناية إلى الثمن لا
يحط ما أخذ من أرش الجناية عن الثمن والثاني أنه يحط لأنه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن
كأرش العيب وإن حدث من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن لأن العقد
لم يتناوله وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنا كان موجودا حال العقد حط من الثمن لأن
العقد تناوله وقابله قسط من الثمن فأسقط ما قابله وإن أخذ ولدا كان موجودا حال العقد فإن
قلنا إن الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئا وإن ابتاع 56
بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق لأن الأجل يأخذ جزءا من الثمن فإن باعه مرابحة ولم يخبره
بالأجل ثم علم المشتري بذلك ثبت له الخيار لأنه دلس عليه بما يأخذ جزءا من الثمن فثبت له الخيار
كما لو باعه شيئا به عيب ولم يعلمه بعيبه وإن اشترى شيئا بعشرة ثم باعه بخمسة ثم اشتراه
بعشرة أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ثم اشتراه
بعشرة أخبر بعشرة ولا يحط ما ربح من الثمن لأن الثمن ما اشتراه به في العقد الذي هو مالك به وذلك
عشرة وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباعه منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من
الغلام كره ما فعله لأنه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد فإذا قصده كره فإن أخبر بالعشرين
في بيع المرابحة جاز لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة فإن ظهر أنه اشتراه منه فإن
علم المشتري بذلك لم يثبت له الخيار لأنه اشتراه بعشرين صحيح

فصل

إذا قال رأس المال مائة وقد بعتكه برأس
المال وربح درهم في كل عشرة أو ربح ده يازده فالثمن مائة وعشرة وإن قال بعتك برأس
المال ووضيعة ده يازده فالثمن أحد وتسعون درهما إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم لأن معناه
بعتك بمائة على أن أضع درهما من كل أحد عشر درهما فسقط من تسعة وتسعين درهما تسعة دراهم
لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءا فيكون
الباقي أحدا وتسعين درهما إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم وإن قال بعتك على وضع درهم من
كل عشرة ففي الثمن وجهان أحدهما أن الثمن أحد وتسعون درهما إلا جزءا من أحد عشر جزءا من
درهم وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمه الله والثاني أن الثمن تسعون درهما وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب

وهو الصحيح لان المرابحة عشر مرات عشرة فاذا وضع من كل عشرة درهم بقي تسعون **فصل**
اذا اخبر ان راس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ثم قال اخطأت او قامت البينة ان الثمن
كان تسعين فالبيع صحيح وحكى القاضي ابو حامد وجها اخر ان البيع باطل لانه بان ان الثمن كان
تسعين وان ربحها تسعة وهذا كان مجهولا حال العقد فكان العقد باطلا والمذهب الاول لان البيع
عقد على ثمن معلوم وانما سقط بعضه بالتدليس وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض
الثمن بالرجوع بارش العيب واما الثمن الذي ياخذه ففيه قولان احدهما انه مائة وعشرة لان المسمى
في العقد مائة وعشرة فاذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئا بثمن فوجد
به عيبا والثاني ان الثمن تسعة وتسعون وهو الصحيح لانه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الاول فاذا اخبر
بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية ويخالف العيب فان هناك الثمن هو المسمى في العقد وهاهنا
الثمن راس المال وقدر الربح وقد بان ان راس المال تسعون والربح تسعة فان قلنا ان الثمن مائة وعشرة فهو
بالخيار بين ان يمسك المبيع بالثمن وبين ان يفسخ لانه دخل على ان يأخذ المبيع براس المال وهذا اكثر
من راس المال فثبت له الخيار وان قلنا ان الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار اختلف اصحابنا فيه
فمنهم من قال فيه قولان احدهما ان له الخيار لانه ان كان قد اخطأ في الخبر الاول لم يأمن ان يكون
قد اخطأ في الثاني وان الثمن غيره وان كان قد خان في الاول فلا يأمن ان يكون قد خان في الثاني
فثبت له الخيار والقول الثاني وهو الصحيح انه لا خيار له لان الخيار انما يثبت لنقص وضرر وهذا زيادة
ونفع لانه دخل على ان الثمن مائة وعشرة وقد رجع الى تسعة وتسعين فلا وجه للخيار ومنهم من
قال ان ثبتت الخيانة باقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له وان ثبتت بالبينة فهل
له الخيار فيه قولان لانه اذا ثبت بالاقرار دل على امانته فلم يتهم في جناية اخرى
واذا ثبت بالبينة كان متهما في خيانة اخرى فثبت له الخيار قال اصحابنا القولان اذا كانت
العين باقية فاما اذا تلفت العين فانه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولا واحدا لانا لو جوزنا له
فسخ البيع مع تلف العين دفعا للضرر عنه الحقناه بالبائع والضرر لا يزال بالضرر ولهذا
لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيبا لم يملك الفسخ فان قلنا لا خيار له او قلنا له الخيار
فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار فيه وجهان احدهما يثبت له الخيار لانه لم يرض الا بالثمن

المسمى وهو مائة وعشرة ولم يسلم له ذلك والثاني لا خيار له لانه رضي براس المال وربحه
وقد حصل له ذلك **فصل** وان اخبر ان الثمن مائة وربحه عشرة ثم قال اخطأت والثمن مائة وعشرة لم
يقبل قوله لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق ادمي فلم يقبل كما لو اقر له بدين وان قال لي بينة على
ذلك لم تسمع لانه كذب بالاقرار السابق بينته فلم تقبل وان قال احلفوا لي المشتري انه لا يعلم ان
الثمن مائة وعشرة ففيه طريقان احدهما انه ان قال ابتعته بنفسي لم يحلف لان اقراره يكذبه وان قال
ابتاعه وكيلي وظننت انه ابتاع بمائة وقد بان لي انه ابتاع بمائة وعشرة حلف لانه لا يكذبه
اقراره والطريق الثاني انه ينبني على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه فان قلنا انه كالبينة
لم تعرض اليمين عليه لانه اذا نكل حصلنا على بينة والبينة لا تسمع وان قلنا انه كالاقرار عرضنا
اليمين لانه اذا نكل حصلنا على الاقرار واقراره مقبول

باب النجش والبيع على بيع اخيه وبيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان والتسعير والاحتكار

ويحرم النجش وهو ان يزيد في الثمن ليغر غيره والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن النجش ولانه خديعة ومكر فان اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح لان النهي لا يعود
الى البيع فلم يمنع صحته كالبيع في حال النداء فان علم المبتاع بذلك نظرت فان لم يكن للبائع فيه صنع لم
يكن للمبتاع الخيار لانه ليس من جهة البائع تدليس وان كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان احدهما
ان له الخيار بين الامساك والرد لانه دلس عليه فثبت له الرد كما لو دلس عليه العيب والثاني لا خيار له لان
المشتري فرط في ترك التامل وترك التفويض الى من يعرف ثمن المتاع **فصل** ويحرم ان يبيع على
بيع اخيه وهو ان يجيء الى من اشترى شيئا في مدة الخيار فيقول افسخ البيع فاني ابيعك خيرا منه بهذا
الثمن او ابيعك مثله بدون هذا الثمن لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولان في هذا افسادا وانجاشا فلم يحل فان قبل منه وفسخ البيع واشترى
منه صح البيع لما ذكرناه في النجش **فصل** ويحرم ان يدخل على سوم اخيه وهو ان يجيء الى رجل اتفق
مع غيره في بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه او يجيء الى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها او اجود
منها بذلك الثمن لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب
الرجل على خطبة اخيه ولا يستام على سوم اخيه ولان في ذلك افسادا وانجاشا فلم يحل فاما اذا

جاء اليه فطلب منه متاعاً فلم يبعه له جاز لغيره ان يطلبه لانه لم يدخل على سومه
وان طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا اجابة ففيه قولان احدهما يحرم والثاني لا يحرم
والخطبة على خطبة اخيه واما اذا عرضت السلعة في النداء جاز لمن شاء ان يطلبها ويزيد في ثمنها لما
روى انس رضي الله عنه ان رجلا من الانصار اصابه جهد شديد هو واهل بيته فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وذكر ذلك له فقال ما عندي شيء اذهب فاتني بما كان عندك فذهب فجاء بحلس وقدح فقال يا رسول الله
هذا الحلس والقدح فقال من يشتري هذا الحلس والقدح فقال رجل انا آخذهما بدرهم فقال من يزيد
على درهم فسكت القوم فقال من يزيد على درهم فقال رجل انا آخذهما بدرهمين قال هما لك ثم قال ان المسألة
لا تحل الا لثلاثة لذي دم موجع او فقر مدقع او غرم مفظع ولان في النداء لا يقصد رجل بعينه
فلا يؤدي الى الحقد والافساد فصل ويحرم ان يبيع حاضر لباد وهو ان يقدم رجل ومعه
متاع تعم حاجة الناس اليه في البلد فاذا باع اتسع واذا لم يبع ضاق فيجيء اليه سمسار فيقول
لا تبع حتى ابيعه لك قليلا قليلا وازيد في ثمنها لما روى طاوس عن ابيه عن ابن عباس رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبع حاضر لباد قلت ما لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا
وروى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبع حاضر لباد دعوا الناس يرزق
الله بعضهم من بعض فان خالف وباع له صح البيع لما ذكرناه في النجش فان كان البلد كبيرا لا يضيق على
اهله بترك البيع ففيه وجهان احدهما لا يجوز للخبر والثاني يجوز لان البيع يحرم للاضرار بالبادي ولا اضرار
هاهنا فصل ويحرم تلقي الركبان وهو ان يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع
ليغبنهم لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تتلقى السلع حتى
يهبط بها الاسواق ولان هذا تدليس وغرر فلم يحل فان خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش
فان دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منهم فصاحبه بالخيار اذا اتى السوق
ولانه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب وان بان لهم انه لم يغبنهم ففيه
وجهان احدهما لهم الخيار للخبر والثاني لا خيار لهم لانه ما غرهم ولا دلس وان خرج الى خارج البلد لحاجة
غير التلقي فرأى القافلة فهل يجوز ان يبتاع منهم فيه وجهان احدهما يجوز لانه لم يقصد التلقي والثاني

لا يجوز لان المعنى في التلقي للبيع وهذا المعنى موجود وان لم يقصد التلقي فلم يجز فصل ولا يحل
للسلطان التسعير لما روى انس رضي الله عنه قال غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال الناس يا رسول الله سعر لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله هو القابض الباسط
والرازق المسعر واني لارجو ان القى الله وليس احد يطالبني بمظلمة في نفس ولا مال فصل
ويحرم الاحتكار في الاقوات وهو ان يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه ومن اصحابنا من قال يكره
ولا يحرم وليس بشيء لما روى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق
والمحتكر ملعون وروى معمر العدوي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحتكر الا
خاطئ فدل على انه حرام فاما اذا ابتاع في وقت الرخص او جاءه من ضيعته طعام فامسكه
ليبيعه اذا غلا فلا يحرم ذلك لانه في معنى الجالب وقد روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وروى ابو الزناد قال قلت لسعيد بن المسيب بلغني عنك
انك قلت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر بالمدينة الا خاطئ وانت تحتكر قال ليس هذا
الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يأتي الرجل السلعة
عند غلائها فيغالي بها فاما ان يأتي الشيء وقد اتضع فيشتريه ثم يضعه فان احتاج الناس اليه اخرجه
فذلك خير واما غير الاقوات فيجوز احتكاره لما روى ابو امامة رضي الله عنه قال نهى النبي صلى الله
عليه وسلم ان يحتكر الطعام فدل على ان غيره يجوز ولانه لا ضرر في احتكار غير الاقوات فلم
يمنع منه

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

اذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ولم تكن بينة تحالفا لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس واموالهم لكن اليمين
على المدعى عليه فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعى عليه لانه يدعى عليه بيع بالف والمشتري مدعى عليه
لانه يدعى عليه بيع بالفين فوجب ان تكون اليمين على كل واحد منهما ولان كل واحد منهما مدعى عليه ولا
بينة فتحالفا كما لو ادعى رجل على رجل دارا وادعى الآخر على المدعي دارا فصل قال الشافعي رحمه الله
في البيوع يبدأ بيمين البائع وقال في الصداق اذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج والزوج كالمشتري وقال
في الدعوى والبينات ان بدأ بالبائع خير المشتري وان بدأ بالمشتري خير البائع وهذا يدل على انه مخير

٦١

ومن ان يبدأ بالبائع ومن ان يبدأ بالمشتري فمن اصحابنا من قال هما قولان احدهما يبدأ بالمشتري
لان جنبته اقوى لان المبيع على ملكه فكانت البداية به اولى والثاني يبدأ بمن شاء منهما لانه لا مزية
لاحدهما على الآخر في الدعوى فيتساويان كالمتداعيين شيئا في ايديهما والثالث انه يبدأ بالبائع
وهو الصحيح لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع ولان جنبته اقوى لانهما اذا تحالفا
رجع المبيع اليه فكانت البداية به اولى ومن اصحابنا من قال هي على قول واحد انه يبدأ بالبائع وتحالف
الزوج في الصداق لان جنبته اقوى فان جنبة الزوج لان البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان
بالتقديم اولى وها هنا جنبة البائع اقوى لان المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم
اولى والذي قال في الدعوى والسالف ليس بمذهب له وانما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده لانه موضع
اجتهاد فقال ان جاء الحاكم البائع باجتهاده خير المشتري وان حلف المشتري خير البائع **فصل**
ويجب ان يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والاثبات لانه يدعي عقدا وينكر عقدا فوجب ان يحلف
عليهما ويجب ان يقدم النفي على الاثبات وقال ابو سعيد الاصطخري يقدم الاثبات على النفي كما
قدمنا الاثبات على النفي في اللعان والمذهب الاول لان الاصل في اليمين ان يبدأ بالنفي وهو يمين المدعى
عليه فوجب ان يبدأ ها هنا ايضا بالنفي ويخالف اللعان فانه لا اصل له في البداية بالنفي وهل يجمع بين
النفي والاثبات بيمين واحدة ام لا فيه وجهان احدهما يجمع بينهما بيمين واحدة وهو المنصوص في الام
لانه اقرب الى فصل القضاء فعلى هذا يحلف البائع انه لم يبع بالف ولقد باع بالفين ويحلف المشتري
انه ما اشترى بالفين ولقد اشترى بالف فان نكل المشتري قضي للبائع وان حلف فقد تحالفا
والثاني انه يفرد النفي بيمين والاثبات بيمين لانه دعوى عقد وانكار عقد فافتقر الى يمينين ولانا
اذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الاثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي وذلك لا يجوز
فعلى هذا يحلف البائع انه ما باع بالف ثم يحلف المشتري انه ما ابتاع بالفين فان نكل المشتري حلف
البائع انه باع بالفين وقضي له وان حلف المشتري حلف البائع انه باع بالفين ثم يحلف المشتري انه ابتاع
بالف فان نكل قضي للبائع وان حلف فقد تحالفا **فصل** واذا تحالفا وجب فسخ البيع لانه لا
يمكن امضاء العقد مع التحالف وهل ينفسخ بنفس التحالف ام لا فيه وجهان احدهما انه ينفسخ بنفس

هذا حجة للوجه الاول بعده الذي يقول ينفسخ ظاهرا وباطنا

حجة للوجه الثاني الذي يقول ينفسخ في الظاهر دون الباطن

التحالف كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف ولان بالتحالف صار الثمن مجهولا والبيع لا يثبت مع
جهالة العوض فوجب ان ينفسخ والثاني انه لا ينفسخ الا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لان العقد في
الباطن صحيح لانه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما ولان البينة اقوى من اليمين ثم لو اقام كل واحد
منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع فلان لا ينفسخ باليمين اولى فعلى الذي يفسخه وجهان احدهما انه
يفسخه الحاكم لانه مجتهد فيه فافتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب والثاني انه ينفسخ بالمتعاقدين
لانه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كالرد بالعيب **فصل** واذا فسخ او انفسخ فهل
ينفسخ ظاهرا وباطنا ام لا فيه ثلثة اوجه احدها انه ينفسخ ظاهرا وباطنا لانه فسخ بالتحالف فوقع
ظاهرا وباطنا كفسخ النكاح باللعان ولانه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهرا وباطنا كالرد
بالعيب والثاني انه ينفسخ في الظاهر دون الباطن لان سبب الفسخ هو الجهل بالثمن والثمن معلوم في الباطن
مجهول في الظاهر فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن
والثالث انه ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن لانه يمكنه ان يصدق المشتري
ويأخذ منه الثمن ويسلم اليه المبيع فاذا لم يفعل كان ممتنعا من تسليم المبيع بظلمه فلم ينفسخ البيع
وان كان البائع مظلوما انفسخ ظاهرا وباطنا لانه تعذر عليه اخذ الثمن ووجد عين ماله فجاز له
ان يفسخ ويأخذ عين ماله كما لو افلس المشتري ووجد البائع عين ماله فان قلنا ان الفسخ يقع في الظاهر
والباطن عاد المبيع الى ملك البائع والى تصرفه وان قلنا ان الفسخ في الظاهر دون الباطن نظر فان كان البائع
هو الظالم لم يحل له قبض المبيع والتصرف فيه بل يلزمه ان يأخذ ما اقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع اليه
وان كان مظلوما لم يحل له التصرف في المبيع بالوطء والهبة لانه على ملك المشتري ولكن يستحق البائع
الثمن في ذمة المشتري ولا يقدر على اخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه كما نقول فيمن له على رجل دين
لا يقدر على اخذه منه ووجد شيئا من ماله **فصل** وان اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد
المشتري تحالفا وفسخ البيع بينهما لان التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة وهذا المعنى موجود
بعد هلاك السلعة فوجب ان يثبت التحالف فاذا تحالفا رجع بقيمته ومتى تعتبر قيمته فيه وجهان احدهما
تجب قيمته يوم التلف والثاني تجب قيمته اكثر ما كانت من يوم القبض الى يوم التلف وقد ذكرنا دليل الوجهين
في هلاك السلعة في البيع الفاسد فان زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك وحكي عن ابي علي

من خمر ان له فالمارد على الثمن الف لان البائع لا يدعيه فلم تجب كما لو اقر لرجل بما لا يدعيه والمذهب
الاول لانه بالفسخ سقط اعتبار الثمن فصار الاعتبار بالقيمة فوجب ان تجب قدر القيمة فان اختلفا في
قيمة السلعة فالقول قول المشتري لانه غارم فكان القول قوله كالغاصب فان تقايلا او وجد بالمبيع عيبا
فرده واختلفا في الثمن فقال البائع الثمن الف وقال المشتري الفان فالقول قول البائع لان البيع قد انفسخ والمشتري
مدع والبائع منكر فكان القول قوله فصل وان مات المتبايعان واختلف ورثتهما تحالفوا لانه يمين
في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى المال وان كان البيع بين وكيلين واختلفا في
الثمن ففيه وجهان احدهما يتحالفان لانهما عاقدان فتحالفا كالمالكين والثاني لا يتحالفان لان اليمين تعرض
حتى يخاف الظالم منهما فيرجع والوكيل اذا اقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه
فصل وان اختلف المتبايعان في قدر المبيع تحالفا لما ذكرناه في الثمن وان اختلفا في عين المبيع
بان قال البائع بعتك هذا العبد بالف وقال المشتري بل اشتريت هذه الجارية بالف ففيه وجهان
احدهما يتحالفان لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره الاخر فاشبه اذا اختلفا في قدر المبيع
والثاني انهما لا يتحالفان بل يحلف البائع انه ما باعه الجارية ويحلف المشتري انه ما اشترى العبد
وهو اختيار الشيخ ابي حامد الاسفرايني رحمه الله لانهما اختلفا في اصل العقد في العبد والجارية فكان القول
فيه قول من ينكره كما لو ادعى احدهما على الاخر عبدا والاخر جارية من غير عقد وان اقام البائع
بينة انه باعه العبد وجب على المشتري الثمن فان كان العبد في يده اقر في يده وان كان في يد
البائع ففيه وجهان احدهما يجبر المشتري على قبضه لان البينة قد شهدت له بالملك والثاني لا يجبر
لان البينة شهدت له بما لا يدعيه فلم يسلم اليه فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه فصل
وان اختلفا في شرط الخيار او الاجل او الرهن او في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن وان اختلفا في
شرط يفسد البيع ففيه وجهان بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة احدهما ان القول قول
من يدعي الصحة لان الاصل عدم ما يفسد والثاني ان القول قول من يدعي الفساد لان الاصل عدم
العقد فكان القول قول من يدعي ذلك وان اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال احدهما تفرقنا قبل
القبض وقال الاخر تفرقنا بعد القبض ففيه وجهان احدهما ان القول قول من يدعي التفرق قبل
القبض لان الاصل عدم القبض والثاني ان القول قول من يدعي التفرق بعد القبض لان الاصل

صحة العقد وان اختلفا بعد التفرق فقال احدهما تفرقنا عن تراض وقال الاخر تفرقنا عن فسخ
البيع ففيه وجهان احدهما ان القول قول من يدعي التراضي لان الاصل عدم الفسخ وبقاء العقد
والثاني ان القول قول من يدعي الفسخ لان الاصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف واما اذا
اختلفا في عيب في المبيع ومثله يجوز ان يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشتري بل حدث
عندك فالقول قول البائع لان الاصل عدم العيب وان اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو
المبيع وقال البائع الذي بعتك غير هذا فالقول قول البائع لان الاصل سلامة المبيع وبقاء العقد
فكان القول قوله وان اشترى عبدين فتلف احدهما ووجد بالاخر عيبا فرده وقلنا انه
يجوز ان يرد احدهما فاختلفا في قيمة التالف ففيه قولان احدهما وهو الصحيح ان القول قول البائع
لانه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه الا عن القدر الذي يقر به كالمشتري في الشفيع اذا اختلفا
في الثمن فان القول قول المشتري لانه ملك الشقص فلا يزال الا بما يقر به والثاني ان القول قول المشتري
لانه كالغارم فكان القول قوله فان باعه عشرة اقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى
المشتري انه دون حقه ففيه قولان احدهما ان القول قول المشتري لان الاصل انه لم يقبض جميعه
والثاني ان القول قول البائع لان العادة فيمن يقبض حقه بالكيل ان يستوفي جميعه فجعل القول
قول البائع فصل اذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع لا اسلم المبيع حتى
اقبض الثمن وقال المشتري لا اسلم الثمن حتى اقبض المبيع فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال فيه ثلاثة
اقوال احدها يجبر البائع على احضار المبيع والمشتري على احضار الثمن ثم يسلم الى كل واحد
منهما ماله دفعة واحدة لان التسليم واجب على كل واحد منهما فاذا امتنعا اجبرا كما لو كان
لاحدهما على الاخر دراهم وللاخر عليه دنانير والثاني لا يجبر واحد منهما بل يقال من سلم
منكما ما عليه اجبر الاخر على تسليم ما عليه لان على كل واحد منهما حقا في مقابلة حق له
فاذا تمانعا لم يجبر واحد منهما كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعي فنكل والثالث
انه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري وهو الصحيح لان حق المشتري متعلق بالعين وحق البائع
في الذمة فقدم ما تعلق بالعين كارش الجناية مع غيره من الديون ولان البائع يتصرف في الثمن في الذمة
فوجب ان يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع ومن اصحابنا من قال المسألة على قول واحد

أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي رحمه الله
غيره ولم يجبره لنفسه فعلى هذا ينظر فيه فإن كان المشتري موسراً نظرت فإن كان
ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال وإن كان في داره أو دكانه حجر عليه في المبيع
وفي سائر ماله إلى أن يدفع الثمن لأنه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه فيضر بالبائع
وإن كان غائباً عنه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله
لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فجاز له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس المشتري وإن كان على مسافة
لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما ليس له أن يختار عين ماله لأنه في حكم الحاضر
والثاني له أن يختار عين ماله لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب منه كما يخاف عليه فيما بعد
وإن كان المشتري معسراً ففيه وجهان أحدهما تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها وهو المنصوص
أنه يرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن بالإعسار فثبت له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن
وإن كان الثمن معيناً ففيه قولان أحدهما يجبران والثاني لا يجبر واحد منهما ويسقط القول
الثالث أنه يجبر البائع لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض

فصل وإن باع من رجل عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان أحدهما لا يجبر البائع
على تسليم شيء من المبيع لأنه محبوس بدين فلا يلزمه تسليم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن
والثاني أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر وكل جزء من
المبيع في مقابلة جزء من الثمن فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته ويخالف الرهن
في الدين فإن الرهن ليس بعوض عن الدين وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفي جميع الدين
وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر
جميع ما عليه من الثمن فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها

تم الجزء الرابع عشر يتلوه الخامس عشر

بسم الله الرحمن الرحيم فصل إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل إما أن يكون
ثمرة أو غيرها فإن كان غير الثمرة نظرت فإن كان تلفه بآفة سماوية انفسخ البيع لأنه فات
التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع

عبداً فهرب أو ذهبت يده بآكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع
الثمن وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها
شيء من الثمن وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان أحدهما ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد
فانفسخ البيع كما لو تلف بآفة سماوية والثاني أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن
وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض فإن كان
عبداً فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن وبين أن يجيزه ويرجع على
الجاني بنصف قيمته وإن أتلفه البائع ففيه طريقان قال أبو العباس فيه قولان كالأجنبي وقال
أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولاً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون
عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي فإن المبيع غير مضمون عليه
بالثمن فجاز أن يضمنه بالقيمة وإن كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان قال أبو العباس
المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة
وقال أكثر أصحابنا هو بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه ولا شيء له لأنه جزء من المبيع فلا
يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض كما لو ذهب بآكلة وإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن
لأن الإتلاف كالقبض ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه وإن كان
عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع
على المشتري بما نقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص
من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة وإن كان
المبيع ثمرة فإن كانت على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه وإن كانت على الشجر نظرت فإن
تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلكت قبل أن تقبض وقد بيناه وإن تلفت بعد التخلية
ففيه قولان أحدهما أنها تتلف من ضمان المشتري لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل
في ضمانه كالنقل فيما ينقل والثاني أنها تتلف من ضمان البائع لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم
تأخذ مال أخيك بغير حق وروى جابر أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح

لأن الآفة أصابته قبل نقله فإنه إذا أصابته قبل أوان الجداد وأمكنه نقله ولم ينقله حتى ... لأنه ترك نقله مع القدرة عليه فصار مفرطا فانتقل الضمان إليه من لفظه

فإن قلنا بهذا اختلفا في الهلاك فقال البائع التلف وقال المشتري النصف فالقول قول البائع لأن الأصل عدم الهلاك فإن بلغت الثمار وقت الجداد ولم تنقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشتري لأنه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها والله أعلم بالصواب

باب السلم

السلم جائز لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه ثم قال يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه **فصل** ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع قال الشافعي رحمه الله ويصح السلم من الأعمى قال المزني رحمه الله أعلم من لطفه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى قال أبو العباس هذا الذي قاله المزني حسن فأما الأكمه الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح وقال أبو إسحاق يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه لأنه يعرف الصفات بالسماع **فصل** وينعقد بلفظ السلم والسلف وفي لفظ البيع وجهان من أصحابنا من قال لا ينعقد السلم بلفظ البيع فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعا ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ومنهم من قال ينعقد لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف **فصل** ويثبت فيه خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه **فصل** ويجوز مؤجلا للآية ويجوز حالا لأنه إذا جاز مؤجلا فلأن يجوز حالا وهو من الغرر أبعد أولى ويجوز في المعدوم إذا كان موجودا عند المحل لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمر السنتين والثلاث فقال أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث ويجوز السلم في الموجود لأنه إذا جاز في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الغرر **فصل** ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتنضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد

والجواري والأصواف والأشعار والأخشاب والأحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلور والزجاج وغير ذلك من الأموال التي تباع وتنضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار وروى عبد الله بن أبي أوفى قال كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما في الزبيب والحنطة وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس إذا كان ذرعا معلوما إلى أجل معلوم فلا بأس وعن أبي النضر قال سئل ابن عمر عن السلم في السرق فقال لا بأس والسرق الحرير فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مما يباع وينضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالأخبار لأنه في معناه **فصل** وأما ما لا ينضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز قال الشافعي رحمه الله ولا يجوز السلم في النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا ينضبط ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا ينضبط بالوصف ولا يجوز السلم في الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا ينضبط قدر رقته وغلظه ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز في الرق لأنه لا ينضبط رقته وغلظه ويجوز في الورق لأنه معلوم القدر معلوم الصفة **فصل** ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء لأن عمل النار فيه يختلف فلا ينضبط واختلف أصحابنا في اللبأ المطبوخ فقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا ينضبط وقال شيخنا القاضي أبو الطيب يجوز لأن ناره لينة **فصل** ولا يجوز فيما يجمع أجناسا مقصودة لا تتميز كالغالية والند والمعجون والقوس والخف والحنطة التي فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التي فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة كخل التمر فيه الماء والجبن وفيه الإنفحة والسمك المملوح وفيه الملح لأن ذلك من مصلحته ولم يمنع جواز العقد

٦٩

ويجوز في الادهان المطيبة لان الطيب لا يخالطه وانما تعبق به رائحته ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ لانه سلم في ثوب وصبغ مجهول ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لانه بمنزلة صبغ الاصل ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبي لان ذلك لا ينضبط واختلف اصحابنا في الثوب المعمول من غزلين فمنهم من قال لا يجوز لانهما جنسان مقصودان لا يتميز احدهما عن الاخر فاشبه الغالية ومنهم من قال يجوز لانهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما وفي السلم في الرؤوس قولان احدهما يجوز لانه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم والثاني لا يجوز لانه يجمع اجناسا مقصودة لا تنضبط بالوصف وليس معظمه العظم وهو غير مقصود

فصل ولا يجوز السلم في الطير لانه لا ينضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في جارية واختها لانه يتعذر وجود جارية وولدها او جارية واختها على ما وصف وفي الجارية الحامل طريقان احدهما لا يجوز السلم فيها لان الحمل مجهول والثاني يجوز لان الحمل لا حكم له مع الام كما نقول في بيع الجارية الحامل وفي السلم في شاة لبون قولان احدهما لا يجوز لانه سلم في شاة ولبن مجهول والثاني يجوز لان الحمل باللبن لا حكم له مع الشاة كما نقول في بيع شاة لبون

فصل وفي السلم في الاواني المختلفة الاعلى والاسفل كالابريق والمنارة والكراز وجهان احدهما لا يجوز لانه لا يضبط والثاني يجوز لانه يمكن وصفها ... فاما السلم فيها كالاسطال المربعة والصحاف الواسعة واختلف اصحابنا في السلم في الدقيق فمنهم من قال لا يجوز وهو قول ابي القاسم الداركي لانه لا ينضبط والثاني يجوز لانه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير معلوما ولا يجوز السلم في العقار لان المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة

فصل ولا يجوز السلم الا في عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل فان اسلم فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه او ثمرة ضيعة بعينها او جعل المحل وقتا لا يأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضي الله عنه ان زيد بن سعنة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا محمد هل لك ان تبيعني تمرا معلوما الى اجل معلوم من حائط بني فلان فقال لا يا يهودي ولكن ابيعك تمرا معلوما الى كذا من الاجل ولانه لا يأمن ان يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد

فصل

٧٠

ولا يجوز السلم الا في قدر معلوم لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فان كان في مكيل ذكر كيلا معروفا وان كان في موزون ذكر وزنا معروفا وان كان في مذروع ذكر ذرعا معروفا فان علق العقد على كيل غير معروف كملء زنبيل لا يعرف ما يسع او ملء جرة لا يعرف ما تسع او زنة صخرة لا يعرف زنتها او ذراع رجل بعينه لم يجز لان المعقود عليه غير معلوم في الحال ولانه لا يأمن ان يهلك ما علق العقد عليه فلا يعرف قدر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه وان اسلم فيما يكال بالوزن او فيما يوزن بالكيل جاز لان القصد ان يكون معلوما والعلم يحصل بذلك وان اسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرؤوس اذا جوزنا السلم فيها اسلم فيها بالوزن وقال ابو اسحق يجوز ان يسلم في الجوز كيلا لانه لا يتجافى في المكيال والمنصوص هو الاول

فصل ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الاثمان كالصغر والكبر والطول والعرض والدور والسمك والنعومة والخشونة واللين والصلابة والرقة والصفاقة والذكورية والانوثية والثيوبة والبكارة والبياض والحمرة والسواد والسمرة والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الاثمان ويرجع فيما لا يعلم من ذلك الى نفسين من اهل الخبرة فان شرط الاجود لم يصح العقد لانه ما من جيد الا ويجوز ان يكون فوقه ما هو اجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه وان شرط الاردأ ففيه قولان احدهما لا يصح لانه ما من رديء الا ويجوز ان يكون دونه ما هو اردأ منه فيصير كالاجود والثاني انه يصح لانه ان كان ما يحضره هو الاردأ فهو الذي اسلم فيه وان كان دونه اردأ منه فقد تبرع بما احضره فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم وان اسلم في ثوب بالصفات التي تختلف بها الثمن وشرط ان يكون وزنه قدرا معلوما ففيه وجهان احدهما لا يصح وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني رحمه الله لانه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط الا نادرا فيصير كالسلم في جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده والثاني انه يجوز لان الشافعي رحمه الله نص على انه اذا اسلم في آنية وشرط وزنا معلوما جاز فكذلك ههنا

فصل فان اسلم في مؤجل وجب بيان اجل معلوم لحديث ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله

٧١

صلى الله عليه وسلم قال اسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولان الثمن
يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وساير الصفات والاجل المعلوم ما يعرفه
الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم واعياد المسلمين والنيروز والمهرجان فان
اسلم الى الحصاد او الى العطا او الى عيد اليهود والنصارى لم يصح لان ذلك غير معلوم
لانه يتقدم ويتاخر وان جعله الى شهر ربيع او جمادى صح وحمل على الاول منهما ومن اصحابنا
من قال لا يصح حتى يبين والمذهب الاول لانه نص على انه اذا جعله الى النفر حمل على النفر الاول
وان قال الى يوم كذا كان المحل اذا طلع الفجر وان قال الى شهر كذا كان المحل اذا غربت الشمس
من الليلة التي يرى فيها الهلال وان قال محله في يوم كذا او شهر كذا او سنة كذا ففيه وجهان
قال ابو علي بن ابي هريرة يجوز ويحمل على اوله كما لو قال لامراته انت طالق في يوم كذا او شهر
كذا او سنة كذا فان الطلاق يقع في اولها والثاني لا يجوز وهو الصحيح لان ذلك يقع على جميع
اجزا اليوم والشهر والسنة فاذا لم يبين كان مجهولا ويخالف الطلاق فانه يجوز الى اجل مجهول
واذا صح تعلق باوله بخلاف السلم فان ذكر شهورا مطلقة حمل على شهور الاهلة لان الشهور
في عرف الشرع شهور الاهلة فحمل العقد عليها فان كان العقد في الليلة التي يرى فيها الهلال
اعتبر الجميع بالاهلة وان كان العقد في اثنا الشهر اعتبر شهرا بالعدد وجعل الباقي
بالاهلة فان اسلم حالا وشرط انه حال صح العقد وان اطلق ففيه وجهان احدهما لا يصح
لانه احد محلي السلم فوجب بيانه كالموجل والثاني انه يصح ويكون حالا لان ما جاز حالا وموجلا
حمل اطلاقه على الحال كالثمن في البيع وان عقد السلم حالا ثم جعله موجلا او موجلا
فجعله حالا او زاد في اجله او نقص نظرت فان كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لان
العقد استقر فلا يتغير وان كان قبل التفرق لحق بالعقد وقال ابو علي الطبري ان قلنا
ان المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الاول وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن
فصل وان اسلم في جنس الى اجلين او في جنسين الى اجل ففيه قولان احدهما انه لا يصح لان
ما يقابل احد الجنسين اقل مما يقابل الاخر وما يقابل ابعدهما اجلا اقل مما يقابل الاخر
وذلك مجهول والثاني انه يصح وهو الصحيح لان كل بيع جاز في جنس واحد واجل واحد

٧٢

جاز في جنسين وفي اجلين كبيع الاعيان ودليل القول الاول يبطل ببيع الاعيان فانه يجوز الى
اجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما فصل واما بيان موضع التسليم فانه ان
كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحرا وجب بيانه وان كان في موضع يصلح للتسليم
ففيه ثلثة اوجه احدها يجب بيانه لانه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه والثاني لا يجب بل
يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الاعيان والثالث انه ان كان لحمله مونة وجب بيانه
لانه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها وان لم يكن لحمله
مونة لم يجب بيانه لانه لا يختلف الثمن باختلافه فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن
باختلافها فصل ولا يجوز تاخير قبض راس المال عن المجلس لقوله عليه السلام اسلفوا في كيل
معلوم والاسلاف هو التقديم ولانه انما سمي سلما لما فيه من تسليم راس المال فاذا تاخر لم يكن سلما
فلم يصح ويجوز ان يكون راس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه ويجوز ان يكون معينا فان كان
في الذمة نظرت فان كان من الاثمان حمل على نقد البلد وان كان في البلد نقود حمل على الغالب منها
وان لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم وان كان راس المال عرضا وجب بيان الصفات
التي تختلف بها الاثمان لانه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه
وان كان راس المال معينا ففيه قولان احدهما انه لا بد من ذكر صفاته ومقداره لانه لا يومن ان
ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه فاذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده والثاني
انه لا يجب ذكر صفاته ومقداره لانه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل فوجب ان تغني
المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والثمن في البيع وان كان راس المال لا يضبط
بالصفة كالجواهر وغيرها فعلى القولين ان قلنا انه يجب ذكر صفاته لم يجز ان يجعل ذلك
راس المال لانه لا يمكن ذكر صفاته وان قلنا لا يجب جاز ان يجعل ذلك راس المال لانه معلوم
بالمشاهدة

فصل في تسليم المسلم فيه اذا حل دين السلم

وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فان كان المسلم فيه تمرا لزمه ما
يقع عليه اسم التمر على الاطلاق فان احضر حشفا او رطبا لم يقبل منه وان كان رطبا لزمه
ما يقع عليه اسم الرطب على الاطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصف ولا مذنب ولا مشدخ ولا

وان كان طعاما لزمه ما ينقى من التبن وان كان فيه قليل تراب نظرت فان كان
اسلم فيه كيلا قبل منه لان القليل من التراب لا يظهر في الكيل وان اسلم فيه وزنا لم يقبل منه
لانه يظهر في الوزن فيكون الماخوذ من الطعام دون حقه وان كان عسلا لزمه ما صفي
من الشمع فان اسلم اليه في ثوب فاحضر ثوبا اجود منه لزمه قبوله لانه احضر المسلم فيه وفيه
زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله وان جاءه بالاجود وطلب عن الزيادة عوضا لم يجز لانه بيع صفة
والصفة لا تفرد بالبيع وان اتاه بثوب رديء لم يجبر على قبوله لانه دون حقه فان قال خذه
واعطيك للجودة درهما لم يجز لانه بيع صفة ولانه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه فان اسلم
في نوع من جنس فجاءه بنوع اخر من ذلك الجنس كالمعقلي عن البرني والهروي عن المروي ففيه وجهان
قال ابو اسحق لا يجوز لانه غير الصنف الذي اسلم فيه فلم يجز اخذه عنه كالزبيب عن التمر وقال ابو علي
بن ابي هريرة يجوز لان النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد ولهذا يحرم التفاضل في
بيع احدهما بالاخر ويضم احدهما الى الاخر في اكمال النصاب في الزكوة وان اتفق ان يكون راس
المال على صفة المسلم فيه فاحضره ففيه وجهان احدهما لا يجوز قبوله لانه يصير الثمن هو المثمن
والعقد يقتضي ان يكون الثمن غير المثمن والثاني انه يجوز لان الثمن هو الذي سلم اليه والمثمن هو
الموصوف في الذمة ~~وما يدفع اليه بدل عنه فجاز فلا يكون الثمن هو المثمن~~ وان اسلم اليه
الى محل فاحضر المسلم فيه قبله او شرط ان يسلم اليه في مكان فاحضر المسلم فيه في غير
ذلك المكان فامتنع المسلم من اخذه نظرت فان كان له غرض صحيح في الامتناع من
اخذه بان يلزمه في حفظه مؤنة او عليه في حمله مشقة او يخاف ان يهلك او يوخذ لم يلزمه
اخذه وان لم يكن له غرض صحيح في الامتناع لزمه اخذه فان لم ياخذ رفع الى الحاكم لياخذه
عنه والدليل عليه ما روي ان انسا كاتب عبدا له على مال الى اجل فجاءه بالمال قبل الاجل
فابى ان ياخذه فاتى عمر رضي الله عنه فاخذه منه وقال له اذهب فقد عتقت ولانه زاده
بالتقديم خيرا فلزمه قبوله وان سأله المسلم ان يقدمه قبل المحل فقال انقصني من الدين حتى
اقدمه ففعل لم يجز لانه بيع اجل والاجل لا يفرد بالبيع ولان هذا في معنى ربا الجاهلية
فانه كان في الجاهلية يقول من عليه الدين زدني في الاجل ازدك في الدين فصل وان اسلم

اليه في طعام بالكيل او اشترى منه طعاما بالكيل فدفع اليه الطعام من غير كيل لم يصح
القبض لان المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبضه بغير الكيل فان كان المقبوض باقيا رده على البائع
ليكيله له وان تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه لانه قبضه عن حقه وان ادعى انه كان دون
حقه فالقول قوله لان الاصل انه لم يقبض الا ما ثبت باقراره وان باع الجميع قبل الكيل لم يصح لانه
لا يتحقق ان الجميع له وان باع منه القدر الذي يتحقق انه له ففيه وجهان احدهما يصح وهو قول
ابي اسحق لانه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل والثاني لا يصح وهو قول ابي علي
بن ابي هريرة وهو المنصوص في الصرف لانه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد فلم يصح
بيعه كما لو باعه قبل ان يقبضه وان دفع اليه بالكيل ثم ادعى انه دون حقه فان كان ما يدعيه
قليلا قبل منه وان كان كثيرا لم يقبل لان القليل يبخس به والاصل عدم القبض والكثير لا
يبخس به فكان دعواه مخالفا للظاهر فلم يقبل فصل وان احاله على رجل له عليه طعام
لم يصح لان الحوالة بيع وقد بينا في كتاب البيوع انه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض وان قال لي
عند رجل طعام فاحضر معي حتى اكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز لما روى جابر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع
المشتري وهذا لم يجر فيه الصاعان وهل يصح قبض المسلم اليه لنفسه فيه وجهان بناء على
القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشتري فان قبض المشتري لنفسه لا يصح وهل يصح القبض
للسيد فيه قولان احدهما يصح لانه قبضه باذنه فصار كما لو قبضه وكيله والثاني لا يصح
لانه لم ياذن له في قبضه له وانما اذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له ويخالف الوكيل فانه
قبضه لموكله فان قلنا ان قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة اخرى ثم يكيله للمسلم وان قلنا
ان قبضه يصح كاله للمسلم فان قال له احضر معي حتى اكتاله لنفسي واخذه ففعل ذلك صح
القبض للمسلم اليه لانه قبضه لنفسه قبضا صحيحا ولا يصح للمسلم لانه دفعه اليه من غير
كيل وان اكتاله لنفسه وسلمه الى المسلم وهو في المكيال ففيه وجهان احدهما لا يصح لما روى جابر
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وهذا
يقتضي كيلا بعد كيل وذلك لم يوجد والثاني انه يصح لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولو ابتدأ بكيله

وكذلك إذا استنذ اقبضه فقبض وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال اشتر بها مثل
ما لك علي واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين
المبنيين على القولين في دين الكتابة وإن قال اشتر لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح
الشراء والقبض للمسلم إليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره في قبض حق
نفسه فصل إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبا فله أن يرده لأن إطلاق العقد يقتضي مسلما
سليما فلا يلزمه قبول المعيب فإن رده ثبتت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما في الذمة فإذا
رده رجع إلى ماله في الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصا عما أخذ
ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الأرش فصل فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها
أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان أحدهما أن العقد ينفسخ لأن المعقود
عليه ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزا من صبرة فهلكت الصبرة
والثاني أنه لا ينفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فيأخذ لأن المعقود
عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين فقدم في العام
الأول ما يحله في العام الثاني جاز وما في الذمة لم يتلف وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى
عبدا فأبق فصل يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا بإسقاطه
فإذا انفسخ أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسخ في القول الآخر رجع المسلم إلى رأس
المال فإن كان باقيا وجب رده وإن كان تالفا ثبت بدله في ذمة المسلم إليه فإن أراد أن يسلمه
في شيء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين وإن أراد أن يشتري به عينا نظرت فإن كان يجمعهما علة
واحدة في الربا كالدراهم بالدنانير والحنطة بالشعير لم يجز أن يتفرقا قبل القبض كما لو أراد
أن يبيع أحدهما بالآخر عينا بعين وإن لم يجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالحنطة والثوب
بالثوب ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينا
بعين أن يتفرقا من غير قبض والثاني لا يجوز لأن المبيع في الذمة ولا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه
كالمسلم فيه

كتاب القرض

القرض قربة مندوب إليها لما
روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف عن مسلم كربة من كرب

الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون
أخيه وعن أبي الدرداء أنه قال لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما وعن
ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالا قرض مرتين خير من صدقة مرة فصل ولا يصح إلا من
جائز التصرف لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول
لأنه تمليك آدمي فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع
ورد بهما ويصح بما يؤدي معناه وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علي بدله فإن قال ملكتك ولم
يذكر البدل كان هبة وإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه فإن التمليك من غير
ذكر عوض هبة في الظاهر وإن قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفا فإن لم يطل الفصل
جاز لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لأنه لا يمكن البناء
على العقد مع طول الفصل فصل ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط لأن الخيار يراد للفسخ
وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط ولا
يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءا من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في
عوضه ولا يجوز شرط الأجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه
على شعير أخذه لأهله ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن فصل
وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان أحدهما أنه يملكه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف
على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد
القبض على المستقرض فإن استقرض أباه وقبضه عتق عليه والثاني أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع
والهبة والإتلاف لأنه لو ملكه قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه فعلى هذا تكون
نفقته على المقرض فإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاما
إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه أحدها أنه يملكه بالأخذ والثاني أنه يملكه بتركه في الفم
والثالث أنه يملكه بالبلع والرابع أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام فصل
وإن كتب إليه وهو غائب أقرضتك كذا ففيه وجهان أحدهما ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية
إلى الكتابة والثاني لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة كما لو كتب وهو

وقوله يملك احترازا من الكتابة فانه لا يجوز الا في الرقيق خاصة ثبت العوض فيه احترازا من الوقف وقوله في الذمة من القراض والمساقاة وقوله فجاز وقوله ينضبط بالوصف احترازا من الجواهر

حاضر وقيل القابل للاولى ان الحاجة داعية الى الكتابة والاصح لانه يمكنه ان يوكل من يعقد العقد بالقول فصل ويجوز قرض كل ما يملك بالبيع وينضبط بالوصف لانه عقد يملك يثبت العوض فيه في الذمة فجاز فيما يملك وينضبط بالوصف كالسلم فاما ما لا ينضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهان احدهما لا يجوز لان القرض يقتضي رد المثل وما لا ينضبط بالوصف لا مثل له والثاني يجوز لان ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة والجواهر كغيرها في القيمة ولا يجوز الا في مال معلوم القدر فان اقرضه دراهم لا يعرف وزنها وطعاما لا يعرف كيله لم يجز لان القرض يقتضي رد المثل فاذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء فصل ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطأها وقال المزني يجوز لانه عقد يملك به المال فجاز ان يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الاول لانه عقد ارفاق جائز من الطرفين ولا يستباح به الوطء كالعارية ويخالف البيع والهبة فان الملك فيهما تام لانه لو اراد كل واحد منهما ان ينفرد بالفسخ لم يملك والملك في القرض غير تام لانه يجوز لكل واحد منهما ان ينفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل وطؤها اذا ادى ذلك الى الوطء في ملك غير تام وذلك لا يجوز وان اسلم جارية في جارية ففيه وجهان قال ابو اسحق لا يجوز لانه لا يامن ان يطأها ثم يردها عن التي تستحق عليه فيصير كمن اقرض جارية فوطئها ثم ردها ومن اصحابنا من قال يجوز وهو المذهب لان كل عقد صح في العبد صح في الجارية كالبيع فصل ولا يجوز قرض جر منفعة مثل ان يقرضه الفا على ان يبيعه داره او على ان يرد عليه اجود منه او اكثر منه او على ان يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة اهل الحجاز ويروى عن ابي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم انهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد ارفاق فاذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه فان شرط ان يرد عليه دون ما اقرضه ففيه وجهان احدهما لا يجوز لان مقتضى القرض رد المثل فاذا شرط النقصان عما اقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يجز كما لو شرط الزيادة والثاني انه يجوز لان القرض جعل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج عن موضوعه فلم يجز وشرط النقصان لا يخرج عن موضوعه فجاز فان بدأ المستقرض فزاده او رد عليه ما هو اجود منه او كتب له به سفتجة او

باع منه داره جاز لما روى ابو رافع رضي الله عنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا فجاءته ابل الصدقة فامرني ان اقضي الرجل بكرا فقلت لم اجد في الابل الا جملا خيارا رباعيا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اعطه فان خياركم احسنكم قضاء وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان لي على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فقضاني وزادني وان عرف لرجل عادة انه اذا استقرض زاد في العوض ففي اقراضه وجهان احدهما لا يجوز اقراضه الا ان يشترط رد المثل لان المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجز فكذلك اذا عرف بالعادة والثاني انه يجوز وهو المذهب لان الزيادة مندوب اليها فلا يجوز ان يمنع ذلك صحة العقد وان شرط في العقد شرطا فاسدا بطل الشرط وفي القرض وجهان احدهما انه يبطل لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل قرض جر منفعة فهو ربا ولانه انما اقرضه بشرط ولم يسلم له الشرط فوجب ان لا يسلم القرض والثاني انه يصح لان المقصود منه الارفاق فاذا زال الشرط بقي الارفاق فصل ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل لان مقتضى القرض رد المثل ولهذا يقال الدنيا قروض ومكافاة فوجب ان يرد المثل وفيما لا مثل له وجهان احدهما يجب عليه القيمة لان ما ضمن بالمثل اذا كان له مثل ضمن بالقيمة اذا لم يكن له مثل كالمتلفات والثاني يجب عليه مثله في الخلقة والصورة لحديث ابي رافع ان النبي صلى الله عليه وسلم امره ان يقضي البكر بالبكر ولان ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا على ما له مثل ويخالف المتلفات فان المتلف متعد فلم يقبل منه الا القيمة لانها احصر وهذا عقد اجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل في السلم مثل ما وصف وان اقرض الخبز وقلنا يجوز اقراض ما لا ينضبط بالوصف ففي الذي يرد وجهان احدهما مثل الخبز والثاني يرد القيمة فعلى هذا اذا اقرضه وشرط ان يرد عليه الخبز ففيه وجهان احدهما يجوز لان مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق والثاني لا يجوز لانه اذا اشترط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز فصل اذا اقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها اليه فان طالبه المستقرض بان ياخذها وجب عليه اخذها لانه لا ضرر عليه في اخذها وان اقرضه طعاما بمصر فلقيه بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه اليه لان الطعام بمكة اعلى وان طالبه المستقرض بالاخذ لم يجبر على اخذه لان عليه مؤنة في حمله فان تراضيا جاز لان المنع لحقهما وقد رضيا جميعا فان طالبه بقيمة الطعام بمكة اجبر على دفعها لانه بمكة كالمعدوم وما له مثل

إذا عدم وجبت قيمته وجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض
عوضا جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه في
اعتبار القبض في المجلس حكم ما ذكرناه في أخذ العوض عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه

كتاب الرهن

يجوز الرهن على الدين في السفر
لقوله عز وجل وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة ويجوز في الحضر لما روى أنس رضي الله
عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعا عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيرا
لأهله فصل ولا يصح الرهن إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز
التصرف في المال كالبيع فصل ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر
ويجوز على الثمن والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه
دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لأن الرهن
إنما جعل ليحفظ عوض ما زال ملكه عنه من مال أو منفعة أو عضو والعوض والمعوض في الكتابة هو
الرقبة وهي باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن ولأن الرهن
إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه
وأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان أحدهما لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مال شرط في عقد لا يلزم
فلم يجز أخذ الرهن به كمال الكتابة والثاني يجوز لأنه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن
في مدة الخيار وأما مال السبق والرمي ففيه قولان أحدهما أنه كالإجارة فيجوز أخذ الرهن به والثاني
أنه كالجعالة فيكون على الوجهين وأما العمل في الإجارة فإنه إن كانت الإجارة على عمل الأجير
فلا يجوز أخذ الرهن به لأن القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر وعمله لا يمكن استيفاؤه
من غيره وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن
بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل فصل ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين وهو أن يرهن بالثمن
بعد البيع وبالعوض القرض بعد القرض ويجوز عقده مع العقد على الدين وهو أن يشترط الرهن
في عقد البيع وعقد القرض لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته فأما شرطه
قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله فصل ولا يجوز أخذ الرهن على

الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم لأنه إن رهن على
قيمتها إذا تلفت لم يصح لأنه رهن على دين قبل ثبوته وإن رهن على عينها لم يصح لأنه لا يمكن استيفاء
العين من الرهن فصل ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن لأن الرهن لحظه لا حظ فيه للراهن فجاز
له فسخه إذا شاء وأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بالقبض والدليل عليه قوله عز وجل فرهن مقبوضة
فوصف الرهن بالقبض فدل على أنه لا يلزم إلا به ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم
يلزم من غير قبض كالهبة فإن كان المرهون في يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضه إلا بإذن الراهن لأن
للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فإن كان في يد المرتهن
فقد قال في الرهن إنه لا يصير مقبوضا بحكم الرهن إلا بإذن الراهن وقال في الإقرار والمواهب إذا وهب
له عينا في يده صارت مقبوضة من غير إذن فمن أصحابنا من نقل جوابه في الرهن إلى الهبة وجوابه في
الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين أحدهما لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن في القبض لأنه لما لم يفتقر
إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف والثاني أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد يفتقر لزومه
إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن كما لو لم تكن العين في يده وقولهم إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف
لا يصح لأن النقل يراد ليصير في يده وذلك موجود والإذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض
الوديعة والغصب وذلك لا يحصل إلا بالإذن ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في
الهبة لا يفتقر إلى الإذن وفي الرهن يفتقر لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الإذن لقوته والرهن عقد
ضعيف لا يزيل الملك فافتقر إلى الإذن لضعفه والصحيح هو الطريق الأول لأن هذا الفرق يبطل به
إذا لم تكن العين في يده فإنه يفتقر إلى الإذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر فإن عقد
على عين رهنا وإجارة وأذن له في القبض عن الرهن والإجارة صار مقبوضا عنهما وإن أذن له في القبض
عن الإجارة دون الرهن لم يصر مقبوضا عن الرهن لأنه لم يأذن له في قبض الرهن وإن أذن له في القبض
عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضا عنهما لأنه أذن في قبض الرهن وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه
مستحق عليه فصل وإذا أذن له في قبض ما عنده لم يصر مقبوضا حتى يمضي زمان يتأتى
فيه القبض وقال في حرملة لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل والمذهب الأول لأن القبض إنما يحصل
بالاستيفاء أو بالتمكين من الاستيفاء ولهذا لو استأجر دارا لم يحصل القبض في منافعها إلا بالاستيفاء

او يمضي زمان يتأتا فيه الاستيفا وكذلك هاهنا فعلى هذا ان كان المرهون حاضرا
فبان يمضي زمان لو اراد ان ينقله امكنه ذلك وان كان غايبا فان يمضي هو او وكيله ويشاهده
ثم يمضي من الزمان ما يمكن فيه من القبض وقال ابو اسحق ان كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضا
الا بان يمضي اليه لانه يجوز ان يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه فلا يمكنه ان يقدر الزمان
الذي يمكن المضي فيه من موضع الاذن الى موضع القبض فاما ما لا ينتقل فانه لا يحتاج الى المضي
اليه بل يكفي ان يمضي زمان لو اراد ان يمضي ويقبض امكنه ومن اصحابنا من قال ان اخبره ثقة انه
باق على صفته ومضى زمان يتأتا فيه القبض صار مقبوضا كما لو راه وكيله ومضى زمان يتأتا
فيه القبض والمنصوص هو الاول وما قال ابو اسحق اصح لانه كما يجوز ان ينتقل الحيوان من مكان الى
مكان ولا يتحقق زمان الامكان ففي غير الحيوان يجوز ان يكون قد احترق او هلك وما قال القايل
الاخر من خبر الثقة لا يصح لانه يجوز ان يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث ولا يتحقق
امكان القبض ويخالف الوكيل فانه قايم مقامه فقام حضوره مقام حضوره والثقة بخلافه
فصل وان اذن له في القبض ثم رجع لم يجز ان يقبض لان الاذن قد زال فصار كما لو لم
ياذن له وان اذن له ثم جن او اغمي عليه لم يجز ان يقبضه لانه خرج عن ان يكون من اهل الاذن
ويكون الاذن في القبض الى من ينظر في ماله فان رهن شيئا ثم تصرف فيه قبل ان يقبضه نظرت
فان باعه او جعله مهرا في نكاح او اجره في اجارة او وهبه واقبضه او رهنه واقبضه او كان
عبدا فكاتبه او اعتقه انفسخ الرهن لان هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن وان دبره
فالمنصوص في الام انه رجوع وقال الربيع فيه قول اخر انه لا يكون رجوعا وهذا من تخريجه ووجهه
انه يمكن الرجوع في التدبير فاذا دبره امكنه ان يرجع فيه فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين والصحيح
هو الاول لان المقصود بالتدبير هو العتق وذلك ينافي الرهن فجعل رجوعا كالبيع والكتابة
وان رهن ولم يقبض او وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعا على المنصوص لان المقصود منه ينافي
الرهن وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعا لانه يمكنه الرجوع فيه وان كان المرهون جارية فزوجها
لم يكن ذلك رجوعا لان التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعا في الرهن وان كان دارا فاجرها
نظرت فان كانت الاجارة الى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعا لانها لا تمنع البيع

عند المحل فلم ينفسخ بها كالتزويج وان كانت الى مدة تحل الدين قبل انقضائها فان قلنا ان المستاجر يجوز بيعه
لم يكن رجوعا لانه لا يمنع البيع عند المحل وان قلنا لا يجوز بيعه كان رجوعا لانه تصرف ينافي مقتضى
الرهن فجعل رجوعا كالبيع **فصل** وان مات احد المتراهنين قبل القبض او جن او اغمي عليه وقال في الرهن اذا مات
المرتهن لم ينفسخ وقال في التفليس اذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن فمن اصحابنا من جعل ما قال
في التفليس قولا اخر ان الرهن ينفسخ بموت الراهن ونقل جوابه فيه الى المرتهن وجوابه في المرتهن اليه وجعلهما
على قولين احدهما ينفسخ بموتهما لانه عقد لا يلزم بحال فانفسخ بموت العاقد كالوكالة والشركة
والثاني لا ينفسخ لانه عقد يؤول الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار ومنهم من قال يبطل
بموت الراهن ولا يبطل بموت المرتهن لان بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة فلا حاجة الى بقاء الرهن
وبموت المرتهن لا يحل الدين فالحاجة باقية الى بقاء الرهن ومنهم من قال لا يبطل بموت واحد منهما قولا
واحدا لانه اذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه والعقد غير لازم في حقه بحال فلان لا يبطل
بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض اولى وما قال في التفليس لا حجة فيه لانه لم يرد ان الرهن
ينفسخ وانما اراد انه اذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير اذن الورثة **فصل** اذا
امتنع الراهن من تسليم الرهن او انفسخ العقد قبل القبض نظرت فان كان الرهن غير مشروط في العقد
على البيع بقي الدين بغير رهن وان كان الرهن مشروطا في البيع ثبت للبائع الخيار بين ان يمضي البيع
من غير رهن وبين ان يفسخ لانه دخل في البيع بشرط ان يكون له بالثمن وثيقة ولم تسلم له فثبت له الخيار
بين الفسخ والامضاء **فصل** اذا اقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته ولا يملك فسخه
لانه عقد وثيقة فاذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان ولانا لو جوزنا له الفسخ
من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة وسقطت فايدة الرهن **فصل** ولا ينفك من الرهن شيء حتى
يبرأ الراهن من جميع الدين لانه وثيقة محضة فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه كالشهادة
والضمان فان رهن اثنان عند رجل عينا بينهما بدين له عليهما فبرئ احدهما او رهن رجل عند
اثنين عينا بدين عليه لهما فبرئ من دين احدهما انفك نصف العين من الرهن لان الصفقة اذا حصل
في احد شطريها عاقدان فهما عقدان فلا يقف الفكاك في احدهما على الفكاك في الاخر كما لو
فرق بين العقدين وان اراد الراهنان في المسالة الاولى ان يقتسما او الراهن في المسالة الثانية ان يقاسم

المرتهن الذي لم يتأخر دينه نظرت فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من
غير رضا المرتهن وإن كان مما تنقص قيمته ففيه وجهان أحدهما لا يجوز من غير رضا المرتهن لأنه
يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه والثاني يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا ٨٣
يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه فصل وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به
عيبا كان قبل القبض نظرت فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع وإن
كان في رهن مشروط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه لأنه دخل في البيع بشرط أن
تسلم له الرهن فإذا لم تسلم له ثبت له الخيار فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث فيه
عيب عنده لم يملك الفسخ لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ فسقط حقه من الفسخ
كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده ولا يثبت له الأرش لأن الأرش
بدل عن الجزء الفائت ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله فإذا فات بعضه لم يجب بدله

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

ما لا يجوز بيعه كالوقف
وأم الولد والكلب والخنزير لا يجوز رهنه لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه وهذا
لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه فصل وما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكه
الرطبة التي لا يمكن استصلاحها يجوز رهنها بالدين الحال وبالمؤجل الذي يحل قبل فساده لأنه يمكن بيعه
واستيفاء الحق من ثمنه فأما إذا رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه فإن شرط أن
يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه وإن أطلق ففيه قولان أحدهما لا يصح وهو الصحيح لأنه لا
يمكن بيعه بالدين في محله فلم يجز رهنه كأم الولد والثاني أنه يصح وإذا خيف عليه الفساد
أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهنا لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط
والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده فيصير كما لو شرط ذلك ولو شرط جاز رهنه
فكذلك إذا أطلق فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان من أصحابنا من
قال فيه قولان كما لو أفرده بالعقد ومنهم من قال يصح قولا واحدا لأنه تابع للشجر فإذا هلكت
الثمرة بقيت الشجرة فصل وإن علق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه
لأنه لا يمكن بيعه في الدين وقال أبو علي الطبري إذا قلنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد جاز رهنه

وإن علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ويجوز أن لا توجد ففيه قولان
أحدهما يصح لأن الأصل بقاء العقد وإمكان البيع ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه
فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون والثاني لا يصح لأنه قد توجد الصفة
قبل محل الدين فلا يمكن بيعه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن فصل واختلف أصحابنا
في المدبر فمنهم من قال لا يجوز رهنه قولا واحدا لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق ولا يمكن بيعه وذلك
غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن ومنهم من قال يجوز رهنه قولا واحدا لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه
كالعبد القن ومنهم من قال فيه قولان بناء على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة فإن قلنا إنه وصية
جاز رهنه لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول فجعل الرهن رجوعا وإن قلنا إنه عتق بصفة لم يجز رهنه لأنه لا
٨٤ يجوز الرجوع فيه بالقول وإنما يجوز الرجوع فيه بالتصرف الذي يزيل الملك والرهن لا يزيل الملك قال أبو إسحاق إذا
قلنا إنه يصح رهنه فحل الحق فقضي سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره وإن لم يقض قيل له أترجع في
التدبير فإن رجع اختار الرجوع بيع العبد في الرهن وإن لم يختر فإن كان له مال غيره قضي منه الدين
وبقي العبد على التدبير وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان أحدهما أنه يحكم بفساد الرهن لأنا إنما صححنا
الرهن لأنا قلنا إنه لعله يقضي الدين من غيره أو يرجع في التدبير فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن والثاني أنه
يباع في الدين وهو الصحيح لأنا حكمنا بصحة الرهن ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الأموال
كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن
البعض منه مشاعا لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع فكان كالمقسوم في جواز الرهن فإن كان بين
رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان أحدهما يصح كما يصح بيعه
والثاني لا يصح لأن فيه إضرارا بالشريك بأن تقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهنا
فصل ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين فلم يجز
رهنه كالطير الطائر والعبد الآبق وإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حي فباعه أو
رهنه ثم بان أنه كان قد مات قبل العقد فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد وهو لاعب فلم يصح
ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت فصل فإن رهن
مبيعا لم يقبضه نظرت فإن كان رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه

كالمرهون وإن رهنه بعد نقد الثمن وقبضه وجهان أحدهما لا يصح لأنه عقد يفتقر إلى القبض
فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع والثاني يصح وهو المذهب لأن الرهن لا يقتضي الضمان فجاز فيما
لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع فصل وفي رهن الدين وجهان أحدهما يجوز لأنه يجوز بيعه فجاز
رهنه كالعين والثاني لا يجوز لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة
العقد فصل ولا يجوز رهن المرهون عند غير المرتهن لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد
عليه مثله من غير إذن من له الحق كبيع ما باعه وإجارة ما آجره وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن
فيه قولان قال في القديم يجوز وهو اختيار المزني رحمه الله لأنه إذا جاز أن يكون مرهونا بألف ثم
يصير مرهونا بخمسمائة جاز أن يكون مرهونا بخمسمائة ثم يصير مرهونا بألف وقال في الجديد لا يجوز
لأنه رهن مستحق بدين فلا يجوز رهنه بغيره كما لو رهنه عند غير المرتهن فإن جنى العبد المرهون
ففداه المرتهن وشرط أن يكون رهنا بالدين والأرش ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو على القولين
ومنهم من قال يصح ذلك قولا واحدا والفرق بين الأرش وسائر الديون أن الأرش متعلق بالرقبة فإذا
رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقا بها وغيره لم يكن متعلقا بالرقبة فلم يجز رهنه به
ولأن في الرهن بالأرش مصلحة للراهن في حفظ ماله وللمرتهن في حفظ وثيقته وليس في رهنه بدين
آخر مصلحة ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها والدليل عليه أنه يجوز أن يفتك العبد بقيمته في الجناية
ليبقى عليه وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله فصل وفي رهن العبد الجاني قولان واختلف
أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق فمنهم من قال القولان في العمد فأما في جناية الخطأ فلا يجوز
الرهن قولا واحدا ومنهم من قال القولان في الخطأ فأما في جناية العمد فيجوز قولا واحدا ومنهم من
قال القولان في الجميع وقد بينا وجههما في البيع فصل ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد
الآبق والطير الطائر لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه في الدين فلم يصح رهنه فصل وما لا يجوز
بيعه من المجهول لا يجوز رهنه لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في
البيع للوفاء بالثمن وإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول فصل وفي رهن الثمرة
قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان أحدهما لا يصح لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على
تسليمه فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع والثاني أنه يصح لأنه إن كان

بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة وإن كان بدين مؤجل فتلفت
الثمرة لم يسقط دينه وإنما تبطل الوثيقة والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز
بخلاف البيع فإن العادة فيه أن تترك إلى أوان الجداد فلا يأمن أن تهلك بعاهة فيذهب الثمن
ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط القطع فصل وإن كان له أصول تحمل
في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء والبطيخ فرهن الحمل الظاهر فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن
قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد
حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه يأمن الغرر بشرط
القطع وإن لم يشترط القطع ففيه قولان أحدهما أن العقد باطل لأنه يختلط المرهون بغيره فلا يمكن الفصل
عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد
فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه فصل ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزيل
الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم يتعلق
به حق المرتهن في قضاء دينه وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن فصل وفي جواز رهن
المصحف وكتب الحديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان
كالبيع أحدهما يبطل والثاني يصح ويجبر على تركه في يد مسلم وقال أبو علي الطبري في الإفصاح يصح الرهن
قولا واحدا ويجبر على تركه في يد مسلم ويفارق البيع فإن البيع ينقل الملك فيه إلى الكافر وفي الرهن
المرهون باق على ملك المسلم فصل فإن شرط في الرهن شرطا ينافي مقتضاه مثل أن يقول رهنتك على
أن لا أسلمه إليك أو على أن لا أبيعه في الدين أو على أن منفعته لك أو على أن ولده لك فالشرط باطل لقوله
صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ولو كان مائة شرط وهل يبطل الرهن ينظر فيه
فإن كان الشرط نقصانا في حق المرتهن كالشرطين الأولين فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود بالعقد فأبطله
وإن كان زيادة في حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان أحدهما يبطل الرهن وهو الصحيح لأنه شرط فاسد
قارن العقد فأبطله كما لو شرط نقصانا في حق المرتهن والثاني لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه
وزاد فبطلت الزيادة وبقي العقد بأحكامه فإذا قلنا إن الرهن يبطل فإن كان الرهن مشروطا في بيع
فهل يبطل البيع فيه قولان أحدهما أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع وما جاز شرطه بعد تمام

العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق في النكاح والثاني أنه يبطل وهو الصحيح لأن الرهن
يترك لأجله جزء من الثمن فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله وذلك
مجهول والمجهول إذا أضيف إلى المعلوم صار الجميع مجهولا فيصير الثمن مجهولا والجهل بالثمن يفسد
البيع فصل ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن ويجوز أن يجعل في يد عدل لأن الحق لهما فجاز
ما اتفقا عليه من ذلك وإن كان المرهون أمة لم توضع إلا عند امرأة أو عند محرم لها أو عند من
له زوجة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان
فإن جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك لأنه حصل عند
العدل برضاهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز لأن الحق لهما وقد
رضيا فإن مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل
والرهن عنده فاختلف الراهن ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر إلى الحاكم
فيجعله عند عدل وإن جعلا الرهن على يد عدلين فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر
ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لأن ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية والثاني يجوز
لأن اجتماع الاثنين على حفظه يشق فعلى هذا إن اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز وإن تشاحا
نظرت فإن كان مما لا ينقسم جعل في حرز لهما وإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد
منهما نصفه فإن اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان أحدهما يجوز لأنه لو سلم إليه قبل
القسمة جاز فكذلك بعد القسمة والثاني لا يجوز لأنهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفردا بحصته
فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه ○

باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه ○

ما يحدث من عين الرهن من
النماء المتميز كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر لا يدخل في الرهن لما روى سعيد بن المسيب
عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه
وعليه غرمه والنماء من الغنم فوجب أن يكون له وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعا الرهن محلوب ومركوب
ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن فدل على أنه أراد أنه محلوب ومركوب للراهن
ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة فإن رهن نخلا على أن ما تثمر داخل في الرهن

أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن فالمنصوص في الأم أن الشرط باطل وقال في الأمالي القديمة
لو قال قائل إن الثمر والنتاج يكون رهنا كان مذهبا ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه
كأساس الدار والمذهب الأول وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح ويخالف
الأساس فإنه موجود ولكنه يشق رؤيته فعفي عن الجهل به وأما النماء الموجود في حال العقد
فينظر فيه فإن كان شجرا فقد قال في الرهن لا يدخل فيه وقال في البيع يدخل واختلف أصحابنا فيه
على طريقين وقد بيناهما في البيوع وإن كان ثمرا نظرت فإن كان ظاهرا كالطلع المؤبر وما أشبهه
من الثمار لم يدخل في الرهن لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك فلأن لا يدخل في الرهن وهو
لا يزيل الملك أولى وإن كان ثمرا غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه
طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يدخل فيه قياسا على البيع والثاني لا يدخل فيه وهو
الصحيح لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد ومنهم من قال لا يدخل فيه
قولا واحدا ويخالف البيع فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري والحادث بعد العقد
لا حق للمرتهن فيه ولأن البيع يزيل الملك فدخل فيه النماء والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه واختلف
أصحابنا في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف فمنهم من قال هو كالورق والأغصان من سائر
الأشجار فيدخل في الرهن ومنهم من قال إنها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار فإن
كان النماء صوفا أو لبنا فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل
فمن أصحابنا من قال فيه قولان ومنهم من قال لا يدخل قولا واحدا وما قاله الربيع من تخريجه

فصل

ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن كخدمة العبد وسكنى
الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض لقوله صلى الله عليه وسلم الرهن محلوب ومركوب ولأنه
لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له فبقي على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ووطء الأمة
المستأجرة وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والإعارة وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه قال في الأم
له ذلك وقال في الرهن الصغير لا يجوز فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز لأنه لا يؤمن أن يجحد
فيبطل حق المرتهن والثاني يجوز وهو الصحيح لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها
بنفسه كمنفعة غير المرهون ودليل القول الأول يبطل به إذا أكراه من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ومنهم من قال

٨٩
إن كان الراهن ثقة جاز لأنه يؤمن أن يجحد وإن كان غير ثقة لم يجز لأنه لا يؤمن أن يجحد ويحمل القول على
هذين الحالين. فصل وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا
إضرار فإن كان المرهون مما ينقل فأراد أن يسافر به في السفر أو يكريه ممن يسافر به لم يجز لأن
أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيدخل على المرتهن الضرر وإن كان ثوبا لم يملك لبسه لأنه
ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها لأنه ينقص قيمتها وهل يجوز وطؤها ينظر فإن
كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها أو تبطل الوثيقة باستيلادها
وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان قال أبو إسحاق يجوز وطؤها لأنا قد أمنا الضرر
بالإحبال وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه
مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف
الطباع في السكر حرم الجميع فإذا منعناه من الوطء منعناه من الاستخدام لأنه لا يؤمن أن يطأها
وإذا لم نمنعه من الوطء جاز الاستخدام وإن كان أرضا فأراد أن يغرس فيها أو يبني لم يجز لأنه يراد
للبيع وذلك تنقص قيمة الأرض عند القضاء فإن خالف فغرس أو بنى والدين مؤجل لم يقلع في الحال
لأنه يجوز أن يقضي الدين من غير الأرض وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين فلا
يجوز الإضرار بالراهن في الحال لضرر متوهم بالمرتهن في ثاني الحال فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة
الأرض مع الغراس والبناء عن الدين قلع وإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز وإن لم يضر
بالأرض نظرت فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان
أحدهما لا يجوز لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن والثاني يجوز لأنه ربما قضاه الدين من
غير الأرض وربما وفت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال فإن أراد أن يؤجر إلى مدة
يحل الدين قبل انقضائها لم يجز لأنه ينقص قيمة الأرض وقال أبو علي الطبري رحمه الله فيها قولان
كالزرع الذي لا يحصد قبل محل الدين وإن كان فحلا فأراد أن ينزيه على الإناث جاز لأنه انتفاع
لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب وإن كان أنثى فأراد أن ينزي عليها الفحل نظرت
فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز لأنه لا ضرر فيه على المرتهن وإن كان الدين يحل قبل أن تلد وقبل
ظهور الحمل بها جاز لأنه يمكن بيعها وإن كان يحل بعد ظهور الحمل فإن قلنا إن الحمل لا حكم له جاز

... وإن كانت تلد قبل محل الدين وتبرأ من ألم الولادة جاز

٩٠
لأنه يباع معها وإن قلنا إن له حكما لم يجز لأنه خارج من الرهن فلا يمكن بيعه مع الأم ولا يمكن بيع
الأم دونه فلم يجز. فصل ويملك التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كسقي الدابة
وتبزيغها وفصد العبد وحجامته لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن فإن أراد أن يختن العبد فإن
كان كبيرا لم يجز لأنه يخاف منه ويثقل عليه وإن كان صغيرا نظرت فإن كان في وقت يندمل الجرح
قبل حلول الدين جاز وإن كان في وقت يحل الدين قبل أن يندمل الجرح لم يجز لأنه ينقص ثمنه وإن كانت به
أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها
لم يجز قطعها لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة فإن كانت ماشية
فأراد أن يخرج بها في طلب الكلأ فإن كان الموضع الذي هي فيه مخصبا لم يجز له ذلك لأنه تغرير
به من غير حاجة وإن كان الموضع مجدبا جاز له لأنه موضع ضرورة وإن اختلفا في موضع النجعة
فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى قدم اختيار الراهن لأنه يملك العين والمنفعة وليس
للمرتهن إلا حق الوثيقة فكان تقديم اختياره أولى وإن كان الرهن عبدا فأراد تدبيره جاز لأنه
يمكن بيعه في الدين فإن دبره وحل الدين فإن كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر وإن لم يكن له
مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع
فصل ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا إضرار فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرا في نكاح أو أجرة في إجارة أو كان عبدا فكاتبه
لم يصح لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه
كالفسخ وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال أحدها يصح لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق
كالإجارة والثاني أنه لا يصح لأنه قول تبطل به الوثيقة من عين الرهن فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع
والثالث وهو الصحيح أنه إن كان موسرا صح وإن كان معسرا لم يصح لأنه عتق في ملكه يبطل به
حق غيره فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره فإن قلنا إن العتق
يصح فإن كان موسرا أخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه لأنه أتلف رقه فلزمه ضمانه
كما لو قتله وتعتبر قيمته وقت الإعتاق لأنه حالة الإتلاف ويعتق بنفس اللفظ ومن أصحابنا من قال في
وقت العتق ثلاثة أقوال أحدها بنفس اللفظ والثاني بدفع القيمة والثالث موقوف فإن دفع القيمة

حسن عتقها يوم الحاجة هذا كله لفظه وفي بعض النسخ

حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الإعتاق كما قلنا فيمن أعتق شركاً له في عبد أنه يسري وفي وقت السراية ثلاثة أقوال وهذا خطأ لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر كما لا يسري العتق بإعتاق المعسر في العبد المشترك وإن كان معسراً وجبت عليه القيمة في ذمته فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهناً مكانه وإن أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين وإن قلنا إن العتق لا يصح فإن فكه أو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق عليه ومن أصحابنا من قال يعتق لأنه إنما لم يعتق في الحال لحق المرتهن وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق كما لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه الحجر ويخالف الإحبال فإنه فعل وحكم الفعل أقوى من حكم القول ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ إحباله وثبت لها حق الحرية ولو أعتقها لم يصح وإن قلنا إنه يصح العتق إن كان موسراً ولا يصح إذا كان معسراً فقد بينا حكم الموسر والمعسر وإن كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ إحباله أم لا على الأقوال الثلاثة وقد بينا وجوهها في العتق فإن قلنا إنه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق وإن قلنا إنه لا ينفذ إحباله صارت أم ولد في حق الراهن لأنها علقت بحر في ملكه وإنما لم ينفذ لحق المرتهن فإن حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه أحدها أنه تجب قيمتها وقت الوطء لأنه وقت سبب التلف فاعتبرت القيمة فيه كما لو جرحها وبقيت ضمنة إلى أن ماتت والثاني تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين التلف كما قلنا فيمن غصب جارية وأقامت في يده ثم ماتت والثالث أنه تجب قيمتها وقت الموت لأن التلف حصل بالموت والمذهب الأول وما قال الثاني لا يصح لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف والوطء غير موجود من حين الوطء إلى حين التلف وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها ثم ماتت فإن التلف حصل بالموت ثم تجب القيمة وقت الجراحة وإن ولدت نظرت فإن نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص وإن حل الدين ولم يقضه فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضي به الدين وإن فكها من الرهن أو

بيعت وعادت إليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له وقال المزني لا تصير كما لا يعتق إذا استفادها ثم فكها أو ملكها وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة

فصل وإن وقف المرهون ففيه وجهان أحدهما أنه كالعتق لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق والثاني لا يصح لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة

فصل وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء والتزويج وغيرهما إذا أذن فيه جاز له فعله لأن المنع لحقه فزال بإذنه فإن أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع أو يعتق لم يجز البيع والعتق لأنه بالرجوع سقط الإذن فصار كما لو لم يأذن فإن لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان أحدهما أنه يسقط الإذن ويصير كما لو باع أو أعتق بغير الإذن والثاني أنه لا يسقط الإذن بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف

فصل وإن أذن له في العتق فأعتق أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة ففعله بإذنه فبطلت به الوثيقة وإن أذن له في البيع لم يخل إما أن يكون في دين حال أو في دين مؤجل فإن كان في دين حال تعلق حق المرتهن بالثمن ووجب قضاء الدين منه لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه وإن كان في دين مؤجل نظرت فإن كان مطلقاً فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن ففعله بإذنه فبطل به الرهن كما لو أعتقه بإذنه وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً ففيه قولان قال في الإملاء يصح ووجهه أنه لو أذن في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز وقال في الأم لا يصح لأن ما يباع به من الثمن مجهول ورهن المجهول لا يصح فإذا بطل الشرط بطل البيع لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح وقال المزني يبطل الشرط ويصح العقد لأنه شرط فاسد سبق البيع فلم يمنع صحته كما لو قال لرجل بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها وهذا خطأ لأنه إنما أذن بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له فإذا لم يسلم له الشرط بطل الإذن فيصير البيع بغير إذن ويخالف مسألة الوكيل فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الإذن وإنما جعله في مقابلة البيع وههنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الإذن فإذا بطل التعجيل بطل الإذن والبيع بغير إذن المرتهن باطل وحكي عن أبي إسحاق أنه قال في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه

٩٢

كما لو اذن له في البيع بشرط ان يكون ثمنه رهنا **فصل** وما يحتاج اليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف في غيرها فهو على الراهن لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب نفقته والذي يركب ويشرب هو الراهن وجملة ان تكون النفقة عليه ولبن الرضعة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه وان احتاج الى شرب دواء او فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه لان الشفا بيد الله تعالى وقد يحيى من غير فصد ولا دواء وبخالف النفقة فانه لا يبقى دونها فلم يمنه القيام بها

فصل وان جنى العبد المرهون لم يخل اما ان جنى على اجنبي او على المولى او على مملوك للمولى فان كانت الجناية على اجنبي تعلق حق المجني عليه برقبته ويقدم على حق المرتهن لان حق المجني عليه يقدم على حق المالك فلان يقدم على حق المرتهن اولى ولان حق المجني عليه يختص بالعين فلو قدمنا حق المرتهن عليه اسقطنا حقه وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة فاذا قدمنا حق المجني عليه لم يسقط حقه فوجب تقديم حق المجني عليه فان سقط حق المجني عليه بالعفو او الفداء بقي حق المرتهن لان حق المجني عليه لم يبطل الرهن وانما قدم عليه حق المجني عليه لقوته فاذا سقط حق المجني عليه بقي حق المرتهن وان لم يسقط حق المجني عليه فان كان قصاصا في النفس اقتص له وبطل الرهن وان كان في الطرف اقتص له وبقي الرهن في الباقي وان كان مالا وامكن ان يوفى حقه ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به حقه وان لم يمكن الا ببيع جميعه بيع فان فضل عن حق المجني عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن وان كانت الجناية على المولى نظرت فان كان فيما دون النفس اقتص منه ان كان عمدا وان كان خطأ او عمدا وعفي عنه على مال لم يثبت له المال وقال ابو العباس فيه قول اخر انه يثبت له المال ويستفيد به بيعه وابطال حق المرتهن من الرهن ووجهه ان من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالاجنبي والصحيح هو الاول لان المولى لا يثبت له المال على عبده ولهذا لو اتلف له مالا لم يستحق عليه بدله ووجه الاول ابطل بعبر المرهون فانه يجب القصاص في العمد ولا يجب له المال في الخطأ وان كانت الجناية على النفس فان كانت عمدا ثبت للوارث القصاص فان اقتص بطل الرهن وان كانت خطأ او عمدا وعفي على مال ففيه قولان احدهما لا يثبت له المال لان الوارث قائم مقام المولى والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال فلا يثبت

لمن يقوم مقامه والثاني انه يثبت له لانه ياخذ المال عن جناية حصلت وهو في غير ملكه فصار كما لو جنى على من يملكه المولى وان كانت الجناية على مملوك للمولى نظرت فان كانت على مملوك غير مرهون فان كانت الجناية عمدا فللمولى ان يقتص منه وان كانت خطأ او عمدا وعفا على مال لم يجز لان المولى لا يستحق على عبده مالا وان كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن اخر فان كانت الجناية عمدا فللمولى ان يقتص منه فان اقتص بطل الرهن وان كانت خطأ او عمدا وعفا على مال ثبت المال لحق المرتهن الذي عنده المجني عليه لانه لو قتله المولى لزمه ضمانه فاذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته فان كانت قيمته اكثر من قيمة المقتول وامكن ان يقضى ارش الجناية ببيع بعضه بيع منه ما يقضى منه ارش الجناية ويكون الباقي رهنا فان لم يمكن الا ببيع جميعه بيع وما فضل من ثمنه يكون رهنا وان كانت قيمته مثل قيمة المقتول او اقل منه ففيه وجهان احدهما ينقل القاتل الى مرتهن المقتول ليكون رهنا مكانه لانه لا فائدة في بيعه والثاني انه يباع لانه ربما رغب فيه من يشتريه باكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه وان كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل فان كانت عمدا فاقتص منه بطل الرهن وان كانت خطأ او عمدا وعفا عنه على مال نظرت فان اتفق الدينان في المقدار والحلول والتاجيل واتفقت قيمة العبدين ترك على حاله لانه لا فائدة في بيعه وان كان الدين الذي رهن به المقتول حالا والدين الذي رهن به القاتل مؤجلا بيع لان في بيعه فائدة وهو ان يقضى الدين الحال وان اختلف الدينان واتفقت القيمتان نظرت فان كان الدين الذي ارتهن به القاتل اكثر لم يبع لانه مرهون بقدر فاذا بيع صار مرهونا ببعضه فان كان الدين الذي ارتهن به القاتل اقل نقل فان في نقله فائدة وهو ان يصير مرهونا باكثر من الدين الذي هو مرهون به وهل يباع وينقل ثمنه او ينقل بعينه فيه وجهان وقد مضى توجيههما وان اتفق الدينان واختلف القيمتان نظرت فان كانت قيمة المقتول اكثر لم يبع لانه اذا ترك كان رهنا بمائة واذا بيع كان ثمنه رهنا بمائة ولا يكون في بيعه فائدة وان كانت قيمة القاتل اكثر بيع منه بقدر قيمة المقتول ليكون رهنا بالحق الذي كان المقتول رهنا به وباقيه على ما كان

فصل فان جنى العبد المرهون باذن المولى نظرت فان كان بالغا عاقلا فحكمه حكم ما لو جنى بغير اذنه في القصاص والارش على ما بيناه ويلحق السيد ما الاذن الا الاثم فانه ياثم لما روي عن النبي صلى الله عليه

انه قال من اعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله
وان كان غير بالغ نظرت فان كان مميزا يعرف ان طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في
جميع ما ذكرناه الا في القصاص فان القصاص لا يجب على الصبي وان كان صغيرا لا يميز او اعجميا لا
يعرف ان طاعة المولى لا تجوز في القتل لم تتعلق الجناية برقبته بل يتعلق حكم الجناية
بالمولى فان كان موسرا اخذ منه الارش وان كان معسرا انظر قال الشافعي رحمه الله يباع
العبد في ارش الجناية فمن اصحابنا من حمله على ظاهره وقال يباع لانه باشر الجناية فبيع
فيها ومنهم من قال لا يباع لان القاتل في الحقيقة هو المولى وانما هو آلة كالسيف وغيره
وحمل قول الشافعي رحمه الله على انه اراد اذا ثبت بالبينة انه قتله فقال المولى انا امرته فقال
يؤخذ منه الارش ان كان موسرا لحكم اقراره وان كان معسرا بيع العبد بظاهر البينة والله اعلم بالصواب

تم الجزء الخامس عشر من المهذب يتلوه الجزء السادس عشر

بسم الله الرحمن الرحيم فصل وان جنى على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو
الراهن لانه هو المالك للعبد ولما يجب من بدله فان ادعى على رجل انه جنى عليه فانكر ولم يكن
بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه فان نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن فان نكل فهل ترد
اليمين على المرتهن فيه قولان بناء على القولين في المفلس اذا ردت عليه اليمين فنكل فهل ترد
على الغريم فيه قولان احدهما لا ترد لانه غير مدع والثاني انه ترد لانه يثبت له حق فيما
يثبت باليمين فهو كالمالك فان اقر المدعى عليه او قامت عليه البينة او نكل وحلف الراهن
او المرتهن على احد القولين فان كانت الجناية موجبة للقود فالراهن بالخيار بين ان يقتص وبين ان
يعفو فان اقتص بطل الرهن وان قال لا اقتص ولا اعفو ففيه وجهان قال ابو علي بن ابي هريرة
للمرتهن اجباره على اختيار القصاص او اخذ المال لان له حقا في بدله فجاز له اجباره على تعيينه
وقال ابو القاسم الداركي ان قلنا ان الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك اجباره لانه اذا
ملك اسقاط القصاص فلان يملك تاخيره اولى وان قلنا ان الواجب احد الامرين اجبر على
التعيين لان له حقا في القصاص وللمرتهن حقا في المال فلزمه التعيين وان عفا على مال او
كانت الجناية خطأ وجب الارش وتعلق حق المرتهن به لان الارش بدل عن المرهون فتعلق حق

المرتهن به وان اسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط لانه لو كان الرهن باقيا فاسقط
حقه منه سقط فكذلك اذا اسقط حقه من بدله فان ابرأ المرتهن الجاني من الارش لم يصح
ابراؤه لانه لا يملكه فلا ينفذ ابراؤه فيه كما لو كان الرهن باقيا فوهبه وهل يبطل بهذا
الابراء حقه من الوثيقة فيه وجهان احدهما يبطل لان ابراءه تضمن ابطال حقه من الوثيقة فاذا
سقط الابراء بقي ما تضمنه من ابطال الوثيقة والثاني لا يبطل لان الذي ابطله هو الابراء والابراء لم
يصح فلم يبطل ما تضمنه فان ابرأه الراهن من الارش لم يصح ابراؤه لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة
من غير رضاه فلم يصح كما لو كان الرهن باقيا فاراد ان يهبه وان ابرأه ثم قضى دين المرتهن او ابرأه
المرتهن منه فهل ينفذ ابراء الراهن للجاني من الارش فيه وجهان احدهما ينفذ لان المنع منه لحق
المرتهن وقد زال حق المرتهن فنفذ ابراء الراهن والثاني انه لا ينفذ لانا حكمنا ببطلانه فلا يجوز
ان نحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه كما لو وهب مال غيره ثم ملكه وان اراد ان يصالح عن
الارش على حيوان او غيره من غير رضا المرتهن لم يجز لان حق المرتهن يتعلق بالقيمة فلا يجوز اسقاطه
الى بدل من غير رضاه كما لو كان الرهن باقيا فاراد ان يبيعه من غير رضاه فان رضي المرتهن بالصلح
فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن وسلم الى من كان الرهن عنده ليكون رهنا مكانه فان
كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته وان كان له نماء انفرد به كما كان ينفرد بمنفعة
اصل الرهن ونمائه فان كان المرهون جارية فجنى عليها فاسقطت جنينا ميتا وجب عليه عشر قيمة
الام ويكون خارجا من الرهن لانه بدل عن الولد والولد خارج من الرهن فكان بدله خارجا منه وان
كانت بهيمة فالقت جنينا ميتا وجب عليه ما نقص من قيمة الام ويكون رهنا لانه بدل عن جزء
من المرهون فان القته حيا ثم مات ففيه قولان احدهما تجب عليه قيمة الولد حيا لانه يمكن تقويمه
فيكون للراهن فان عفا عنه صح عفوه والثاني تجب عليه اكثر الامرين من قيمته حيا او ما نقص من قيمة
الام فان كانت قيمته حيا اكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوه عنه وان كان ما نقص من قيمة
الام اكثر كان رهنا فصل وان جنى على العبد المرهون فلم يعرف الجاني فاقر رجل انه هو
الجاني فان صدقه الراهن دون المرتهن كان الارش له ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن دون الراهن
كان الارش رهنا عنده فان لم يقبضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الارش وان قضاه الدين

او ابرأه منه المرتهن رد الارش الى المفلس فصل فان كان المرهون عصيرا فصار في يد المرتهن خمرا زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن لانه صار محرما لا يجوز التصرف فيه وبطل الرهن كالحيوان اذا مات فان تخللت عاد الملك فيه لانه عاد مباحا يجوز التصرف فيه تحادث الملك فيه كجلد الميتة اذا دبغ ويعود رهنا لانه عاد الى الملك الذي وجد كان في الملك السابق رهنا فعاد رهنا فان كان المرهون حيوانا فمات واخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن فيه وجهان قال ابو علي بن خيران يعود رهنا كما لو رهنه عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا وقال ابو اسحق لا يعود الرهن لانه عاد الملك فيه بمعالجة ومن اجل ذلك فلم يعد رهنا خلاف الخمر فانها صارت خلا بغير معنى من جهته فصل وان تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرهن لا يغلق والرهن ممن رهنه ولانه وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن وان غصب عينا ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك ان يغرمه فيه وجهان احدهما لا يغرمه لانه دخل على الامانة والثاني له ان يغرمه لانه اخذه من يد ضامنه فان قلنا انه يغرمه وغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن فيه وجهان احدهما يرجع لانه غره والثاني لا يرجع لانه حصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان بدأ وغرم الراهن فان قلنا ان المرتهن اذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه وان قلنا ان المرتهن لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه فان رهن عينا عند رجل وقال رهنتك هذا الى شهر فان لم اعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لانه وقته والبيع باطل لانه علقه على شرط فان هلك العين قبل الشهر لم يضمن لانه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح وان هلك بعد الشهر ضمنه لانه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح والله اعلم

باب اختلاف المتراهنين

اذا اختلف المتراهنان فقال الراهن ما رهنتك وقال المرتهن رهنتني فالقول قول الراهن مع يمينه لان الاصل عدم العقد فصل وان اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد وقال

المرتهن بل رهنتني الثوب فالقول قول الراهن انه لم يرهن الثوب فان حلف خرج الثوب من ان يكون رهنا بيمينه وخرج العبد عن ان يكون رهنا برد المرتهن فصل وان اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل رهنتني هذين العبدين فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الرهن الا فيما اقر به ولان كل من كان القول قوله اذا اختلفا في اصله كان القول قوله اذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق فان رهنه ارضا واقبضه ووجد فيها نخل يجوز ان يكون حدث بعد الرهن ويجوز ان يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن وقال المرتهن بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الارض فالقول قول الراهن وقال المزني القول قول المرتهن لانه في يده وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين وقوله انما في يده لا يصح لان اليد انما يقدم بها في الملك دون العقد ولهذا لو اختلفا في اصل العقد كان القول قول الراهن وان كان العين في يد المرتهن وان رهن حمل شجرة يحمل حملين وحدث حمل اخر وقلنا انه يصح العقد فاختلفا في مقدار الحمل الاول فالقول قول الراهن وقال المزني القول قول المرتهن لانه في يده وهذا لا يصح لان الاصل انه لم يدخل في العقد الا ما اقر به واما اليد فقد بينا انه لا يرجح بها في العقد فصل وان اختلفا في قدر الدين فقال الراهن رهنتك هذا العبد بالف وقال المرتهن بل رهنتنيه بالفين فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الالف وان قال رهنته بالف ثم زادني الفا اخر على ان يكون رهنا بالفين وقال المرتهن بل رهنتني بالفين وقلنا لا يجوز الزيادة في الدين في رهن واحد ففيه وجهان احدهما ان القول قول الراهن لانهما لو اختلفا في اصل العقد كان القول قوله فكذلك اذا اختلفا في صفته والثاني ان القول قول المرتهن لانهما اتفقا على صحة الرهن والدين والراهن يدعي ان ذلك كان في عقد اخر والاصل عدمه فكان القول قول المرتهن وان بعث عبدا مع رجل ليرهنه عند رجل بمال فجعل ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن اذنت له في الرهن بعشرة وقال المرتهن بل بعشرين نظرت فان صدق الرسول الراهن حلف الرسول انه ما رهن الا بعشرة ولا يمين على الراهن لانه لم يعقد العقد وان صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه فاذا حلف بقي الرهن على عشرة وعلى الرسول عشرة لانه اقر بقبضها فصل فان كان في يد رجل عبد لاخر فقال رهنتنيه بالف

وقال السيد بل رهنتكه بالف حلف السيد انه ما رهنه بالف لان الاصل عدم الرهن ويحلف الذي
في يده العبد انه ما اشتراه لان الاصل عدم الشرا ويأخذ السيد عبده وان قال السيد رهنتكه
بالف قبضتها منك قرضا وقال الذي في يده العبد بل بعتنيه بالف قبضتها مني ثمنا حلف كل واحد
منهما على نفي ما ادعي عليه لان الاصل عدم العقد وعلى السيد الالف لانه يقر بوجوبها وان قال الذي
في يده العبد بعتنيه بالف وقال السيد بل رهنتكه بالف حلف السيد انه ما باعه فاذا حلف خرج العبد
من يد من هو في يده لان البيع زال والسيد يعترف بانه رهن والمرتهن ينكر ومتى انكر المرتهن الرهن زال الرهن
فصل وان اتفقا على رهن عين ثم وجدت العين في يد المرتهن فقال الراهن قبضته بغير اذني وقال المرتهن
بل قبضته باذنك فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن ولانهما لو اختلفا في اصل العقد والعين
في يد المرتهن كان القول قول الراهن فكذلك اذا اختلفا في الاذن فان اتفقا على الاذن واختلفا في القبض
فقال الراهن رجعت في الاذن قبل القبض وقال المرتهن لم ترجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن لان الاصل
بقا الاذن وان اتفقا على الاذن واختلفا في القبض فقال الراهن لم تقبضه وقال المرتهن قد قبضت فان
كانت العين في يد الراهن فالقول قوله لان الاصل عدم القبض وان كانت في يد المرتهن فالقول قوله لانه اذن
في قبضه والعين في يده فالظاهر انه قبضه بحق وكان القول قوله وان قال رهنته واقبضته
ثم رجع وقال ما كنت اقبضته حلفوه انه قبض فالمنصوص انه يحلف وقال ابو اسحق ان قال وكيلي
اقبضه وبان لي انه لم يكن اقبضه حلف وعليه تأول النص وان قال انا اقبضته ثم رجع لم يحلف
لان اقراره المتقدم يكذبه وقال ابو علي بن خيران وعامة اصحابنا انه يحلف لانه يمكن صدقه بان
يكون قد وعده بالقبض فاقر به ولم يكن قبض فصل وان رهن عصيرا واقبضه ثم وجده
خمرا في يد المرتهن فقال اقبضتنيه وهو خمر فلي الخيار في فسخ البيع وقال الراهن بل اقبضتكه وهو
عصير فصار في يدك خمرا فلا خيار لك ففيه قولان احدهما ان القول قول المرتهن وهو اختيار
المزني لان الراهن يدعي قبضا صحيحا والاصل عدمه والثاني ان القول قول الراهن وهو الصحيح
لانهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفي الصفة كما
لو اختلف البايع والمشتري في عيب بعد القبض وان اختلفا في العقد فقال المرتهن رهنتنيه
وهو خمر وقال الراهن بل رهنتكه وهو عصير فصار عندك خمرا فقد اختلف اصحابنا فيه فقال

اكثرهم هي على قولين وقال ابو علي بن ابي هريرة القول قول المرتهن قولا واحدا لانه ينكر العقد
والاصل عدمه وان رهن عبدا فاقبضه في محمل او ملفوفا في ثوب ووجد ميتا فقال المرتهن
اقبضتنيه وهو ميت فلي الخيار في فسخ البيع وقال الراهن اقبضتكه حيا ومات عندك فلا خيار
لك ففيه طريقان احدهما وهو الصحيح انه على القولين كالعصير والثاني وهو قول ابي علي الطبري ان القول
قول المرتهن قولا واحدا لان هذا الاختلاف في اصل القبض لان الميت لا يصح قبضه لانه لا يقبض الا ظاهرا
بخلاف العصير فانه يقبض في الظرف والظاهر منه الصحة فصل وان كان لرجل عبد وعليه
الفان لرجلين لكل واحد منهما الف فادعى كل واحد منهما انه رهن العبد عنده بدينه والعبد في
يد الراهن او في يد العدل نظرت فان كذبهما فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الرهن وان صدقهما
وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف فسخ الرهن على المنصوص لانه ليس احدهما باولى من الاخر
فبطل كما لو زوج المراة وليان من رجلين وجهل السابق منهما ومن اصحابنا من قال يجعل بينهما نصفين لانه
يجوز ان يكون مرهونا عندهما بخلاف الزوجة وان صدق احدهما وكذب الاخر او صدقهما وعين
السابق منهما فالرهن للمصدق وهل يحلف للاخر فيه قولان احدهما يحلف والثاني لا يحلف بنا على القولين
فيمن اقر بدار لزيد ثم اقر بها لعمرو وهل يغرم لعمرو شيئا ام لا فيه قولان فان قلنا لا يغرم لم يحلف
لانه ان نكل لم يغرم فلا فايدة في عرض اليمين وان قلنا يغرم حلف لانه ربما نكل فيغرم للثاني قيمته
فان قلنا لا يحلف فلا كلام وان قلنا يحلف نظرت فان حلف انصرف الاخر وان نكل عرضت اليمين على الثاني
فان نكل انصرف وان حلف بنينا على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه فان قلنا انها
كالبينة نزع العبد وسلم الى الثاني وان قلنا انها كالاقرار ففيه ثلثة اوجه احدها انه ينفسخ
لانه اقر لهما وجهل السابق منهما والثاني يجعل بينهما لانهما استويا ويجوز ان يكون مرهونا
عندهما فجعل بينهما والثالث يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للاخر قيمته ليكون رهنا عنده
لانه جعل كانه اقر له بانه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه وان كان العبد في يد احد المرتهنين
نظرت فان كان في يد المقر له اولا قدم لانه اجتمع اليد والاقرار وهل يحلف للثاني على القولين وان كان
في يد الذي لم يقر له بعد حصل لاحدهما اليد وللاخر الاقرار وفيه قولان احدهما يقدم الاقرار
لانه يخبر عن امر باطن والثاني يقدم اليد وهو قول المزني لان الظاهر معه والاول اظهر لان اليد انما

والثاني ان صاحب اليد اولى فيكون القول قوله مع يمينه انه السابق من لفظه

تدل على الملك لا على العقد وان كان في يدهما فالقول قوله الاقرار واليد على النصف وفي النصف الاخر
للاقرار وللاخر يمينه وفيه قول ان احدهما تقدم الاقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له والثاني تقدم
اليد فيكون الرهن بينهما نصفين **فصل** وان رهن عبدا فاقبضه ثم اقر انه جنى قبل الرهن على رجل
وصدقه المقر له وانكر المرتهن ففيه قولان احدهما ان القول قول المرتهن وهو اختيار المزني
لانه عقد اذا تم منع البيع فمنع الاقرار كالبيع والثاني ان القول قول الراهن لانه اقر في ملكه بما
لا يجر نفعا الى نفسه فقبل اقراره كما لو لم يكن مرهونا ويخالف هذا اذا باعه لان هناك زال
ملكه عن العبد فلم يقبل اقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل اقراره عليه فان قلنا ان القول
قول الراهن فهل يحلف فيه قولان احدهما لا يحلف لان اليمين انما تعرض عليه ليخاف فيرجع ان كان
كاذبا والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين ولانه اقر في ملكه لغيره فلم يحلف
عليه كالمريض اذا اقر بدين والثاني يحلف لانه يحتمل ان يكون كاذبا وانما اقر له ليسقط
بالاقرار حق المرتهن فحلف فاذا ثبت انه رهنه وهو جان ففي رهن الجاني قولان احدهما انه باطل
والثاني انه صحيح وقد بينا ذلك في اول الرهن فان قلنا انه باطل وجب بيعه في ارش الجناية فان
استغرق الارش قيمته بيع الجميع وان لم يستغرق بيع منه بقدر الارش وفي الباقي وجهان احدهما
انه مرهون لانه انما حكم ببطلانه لحق المجني عليه وقد زال والثاني انه لا يكون مرهونا لانا حكمنا
ببطلان الرهن من اصله فلا يصير مرهونا من غير عقد وان قلنا انه صحيح فان استغرق
الارش قيمته بيع الجميع وان لم يستغرق بيع منه بقدر الارش ويكون الباقي مرهونا فان اختار السيد
ان يفديه على هذا القول فبكم يفديه فيه قولان احدهما انه يفديه باقل الامرين من قيمته او ارش
الجناية والثاني يفديه بارش الجناية بالغا ما بلغ او يسلمه للبيع فان قلنا ان القول قول المرتهن لم
يقبل قوله من غير يمين لانه لو رجع قبل رجوعه فحلف واذا ثبت انه غير جان فهل يغرم الراهن
ارش الجناية فيه قولان بناء على القولين فيمن اقر بدار لزيد ثم اقر بها لعمرو احدهما يغرم لانه منع
بالرهن حق المجني عليه والثاني لا يغرم لانه ان كان كاذبا فلا حق عليه وان كان صادقا وجب تسليم
العبد فان قلنا انه لا يغرم فرجع اليه تعلق الارش برقبته كما لو اقر على رجل انه اعتق عبده
ثم ملك العبد فانه يعتق عليه وان قلنا يغرم فبكم يغرم فيه طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان

نسب صاحب البيان الطريق الثاني الى اكثر الاصحاب وقال الطاوسي ... ونسبها ايضا صاحب ... الى اكثر الاصحاب

كالقسم قبله ومنهم من قال يغرم اقل الامرين قولا واحدا لان القول الثاني انما يجيء في الموضع الذي
يمكن بيعه فيمتنع وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية ام الولد وان نكل المرتهن عن اليمين
فهل ترد اليمين على الراهن فيه طريقان احدهما ترد على الراهن فان نكل فهل ترد على المجني عليه فيه
قولان كما قلنا في غرماء الميت ومن اصحابنا من قال ترد اليمين على المجني عليه اولا فان نكل فهل ترد
على الراهن على قولين لان المجني عليه يثبت الحق لنفسه وغرماء الميت يثبتون الحق للميت **فصل** وان اعتق
الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن اعتقته باذنك وانكر المرتهن الاذن فالقول قوله
لان الاصل عدم الاذن فان نكل عن اليمين حلف الراهن وان نكل الراهن فهل ترد على العبد فيه طريقان
احدهما انه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء المفلس فان في الجديد لا ترد لانه غير المتراهنين فلا ترد
عليه اليمين وقال في القديم ترد لانه يثبت لنفسه حقا باليمين ومن اصحابنا من قال ترد اليمين على العبد
قولا واحدا لان العبد يثبت باليمين حقا لنفسه وهو العتق بخلاف غرماء الميت **فصل** وان كان المرهون
جارية فادعى الراهن انه وطئها باذن المرتهن فاتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن ثبت نسب الولد
وصارت الجارية ام ولد وان اختلفا في الاذن او في الولد او في مدة الحمل فانكر المرتهن شيئا من ذلك فالقول
قوله لان الاصل في هذه الاشياء العدم **فصل** فان كان له عليه الف برهن والف بغير رهن فدفع
اليه الفا ثم اختلفا نظرت فان اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن انه قال هي عن الالف التي لا رهن بها وقال
الراهن بل قلت هي عن الالف التي بها الرهن فالقول قول الراهن لانه منه ينتقل الى المرتهن فكان القول
قوله في صفة النقل وان اختلفا في النية فقال الراهن نويت انها عن الالف التي بها الرهن وقال المرتهن بل
نويت عن الالف التي لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ ولانه اعرف بنيته وان دفع
اليه الالف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان قال ابو اسحق يصرفه الى ايهما شاء كما لو طلق
احدى امرأتيه وقال ابو علي بن ابي هريرة يجعل بينهما نصفين لانهما استويا في الوجوب فصرف
القضاء اليهما **فصل** وان ابرأ المرتهن الراهن عن الف ثم اختلفا نظرت فان اختلفا في
اللفظ فادعى الراهن انه قال ابرأتك عن الالف التي بها الرهن وقال المرتهن بل قلت ابرأتك من الالف
التي لا رهن بها فالقول قول المرتهن لانه هو المبرئ فكان القول في صفة الابراء قوله وان اختلفا
في النية فقال الراهن نويت الابراء عن الالف التي بها الرهن وقال المرتهن نويت الابراء عن الالف التي

وهكذا إذا أقر المرتهن الراهن ... أحدهما ولم ينو شيئاً فعلى الوجهين

وضمن بهما فالقول قول المرتهن لما ذكرناه في اللفظ ولأنه أعرف بنيته فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحق وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة (فصل) وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين فكان القول في الهلاك قوله كالمودع وإن ادعى الرد لم يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر (فصل) وإن كان الرهن على يد عدل ووكل في بيعه فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن فوجب البيع به وإن كانا في النفع واحداً فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به لأنه أقرب إلى المقصود وهو قضاء الدين فإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن في جنس الدين

باب التفليس

إذا كان على رجل دين فإن كان مؤجلاً لم تجز مطالبته لأنا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل فإن أراد سفراً قبل محل الدين لم يكن للغريم منعه ومن أصحابنا من قال إن كان السفر مخوفاً كان له منعه لأنه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه والصحيح هو الأول لأنه لا حق له عليه قبل محل الدين وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب وإن قال أقم لي كفيلاً بالمال لم يلزمه لأنه لم يحل الدين عليه فلم يملك المطالبة بالكفيل كما لو لم يرد السفر وإن كان الدين حالاً نظرت فإن كان معسراً لم تجز مطالبته لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ولا يملك ملازمته لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل فإن كان يحسن صنعة وطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكتسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة وإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة أنه لم يجب إنظاره فإن لم يقضه ألزمه الحاكم فإن امتنع فإن كان له مال ظاهر باعه عليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فادّان معرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له دين فليحضر فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه وإن كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره فإن ادعى الإعسار نظرت فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله

مع يمينه لأن الأصل عدم المال فإن عرف له مال لم يقبل قوله إنه معسر إلا ببينة لأن الأصل بقاء المال فإن قال غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك فحلّفوه حلف لأن ما يدعيه محتمل فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا شهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله لأن الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالاً باطناً فطلب اليمين عليه ففيه قولان أحدهما لا يحلف لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف كما لو ادعى ملكاً وأقام عليه البينة والثاني يحلف لأن المال الباطن يجوز أن يخفى على الشاهدين فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه فإن وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت فإن كذبه المقر له بيع في الدين لأن الظاهر أنه له وإن صدقه سلم إليه فإن قال الغريم أحلفوه أنه صادق في إقراره ففيه وجهان أحدهما يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً في إقراره والثاني لا يحلف وهو الصحيح لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين (فصل) وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسألوا أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله فإن كان يفي بالديون لم يحجر عليه لأنه لا حاجة إلى الحجر بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه وإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع عليه ماله لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدّان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء وروى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله وإن كان ماله يفي بالديون إلا أنه ظهرت فيه أمارة الفلس بأن زاد خرجه على دخله ففيه قولان أحدهما لا يحجر عليه لأنه مليء بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم تظهر فيه أمارة الفلس والثاني يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء (فصل) والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة وإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه وإن اقترض أو اشترى في ذمته صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء في ماله لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة

وأنّ ديون الغرماء متعلقة بماله وإن لم يعلم فقد فرّط حين دخل في معاملته على غير بصيرة
فلزمه الصبر إلى أن يفكّ عنه الحجر وإن تصرّف في المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان أحدهما
أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض
والثاني أنه لا يصح وهو الصحيح لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع صحة التصرف في المال كالحجر على السفيه
ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت وها هنا حقوق الغرماء تعلقت
بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون فإن قلنا يصح تصرفه وقف فإن وفى ماله بالدين نفذ
تصرفه وإن لم يف فسخ لأنا جوّزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضي به الدين فإذا عجز
فسخ كما نقول في هبة المريض قال أصحابنا وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف فأضعفها
الهبة لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ ثم العتق لأنه أقوى التصرفات قال الشيخ الإمام
أيده الله ويحتمل عندي أن يفسخ الأخير فالأخير كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها
الثلث فصل قال الشافعي رحمه الله ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله إجازة البيع وردّه فمن
أصحابنا من حمله على ظاهره وقال له أن يفعل ما شاء لأن الحجر إنما يؤثر في عقد مستأنف وهذا
عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو إسحاق إن كان الحظ في الرد لم يجز وإن كان في الإجازة
لم يرد لأن الحجر يقتضي طلب الحظ فإذا طرأ في بيع الخيار أوجب طلب الحظ كما لو باع بشرط الخيار
ثم جنّ فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة ومن أصحابنا من قال إن قلنا إن المبيع
انتقل بنفس العقد لم يجب الرد وإن كان الحظ في الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف ردّه وحمل
قول الشافعي رحمه الله على هذا القول وإن قلنا إن المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد إن كان
الحظ في الرد لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ فصل وإن وهب هبة تقتضي
الثواب وقلنا إن الثواب مقدّر بما يرضى به الواهب ثم أفلس فله أن يرضى بما شاء لأنا لو ألزمناه
أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب والمفلس لا يكلف الاكتساب فصل وإن أقرّ بدين لزمه
قبل الحجر لزم الإقرار في حقه وهل يلزم في حق الغرماء فيه قولان أحدهما لا يلزم لأنه متهم
لأنه ربما واطأ المقرّ له ليأخذ ما أقر به ويردّ عليه والثاني أنه يلزم وهو الصحيح لأنه حق
يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة وإن ادّعى عليه رجل مالا

وأنكر ولم يحلف وحلف المدعي فإن قلنا إن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك
الغرماء في المال وإن قلنا إنه كالإقرار فعلى القولين في الإقرار وإن أقرّ بمال عين لزمه الإقرار
في حقه وهل يلزم في حق الغرماء فيه قولان أحدهما لا يلزم والثاني يلزم وتسلّم العين إلى المقرّ له
ووجه القولين ما ذكرناه في الإقرار بالدين فصل وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب
قضاء الأرش من المال لأنه حق لزمه بغير رضا من له المال فوجب قضاؤه من المال وإن جُني عليه جناية
توجب المال تعلّق حق الغرماء بالأرش كما تعلق بسائر أمواله فصل وإن ادّعى على
رجل مالا وله شاهد فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل يحلف الغرماء أم لا
فيه قولان قال في المفلس لا يحلفون وقال في غرماء الميت إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان أحدهما
يحلفون والثاني لا يحلفون فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس
فجعل فيهما قولين أحدهما يحلفون لأن المال إذا ثبت استحقوه والثاني لا يحلفون لأنهم يحلفون
لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز ومن أصحابنا من قال لا يحلف غرماء المفلس وفي غرماء الميت قولان
لأن الميت لم يمتنع من اليمين فيحلف غرماؤه والمفلس امتنع من اليمين فلم يحلف غرماؤه ولأن غرماء الميت
أيسوا من يمين الميت فحلفوا وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا وإن حجر عليه وعليه
دين مؤجل فهل يحل فيه قولان أحدهما يحل لأن الدين يتعلق بالمال فحلّ الدين المؤجل كالوفاة والثاني
لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل الدين عليه كما لو لم يحجر عليه فصل
وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن ينفك عنه الحجر ويرجع إلى الكسب
لقوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فقدّم حق نفسه على حق العيال وهو دين
يدل على أنه يقدّم على كل دين ويكون الطعام على ما جرت به عادته ويترك له ما يحتاج إليه
من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت فإن كان له
من تلزمه نفقته من زوجة وقريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف
لأنهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة ولا يترك له دار ولا خادم لأنه يمكنه أن يكتري
دارا يسكنها وخادما يخدمه فإن كان له كسب جعل نفقته في كسبه لأنه لا فائدة في إخراج
ماله في نفقته وهو يكتسب ما ينفق فصل وإذا أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره لأنه

١٠٦

لانه اعرف بثمن ماله فان لم يكن من يتطوع بالندا استوجر من ينادي من سهم المصالح
لان ذلك من المصالح فهو كاجرة الكيال والوزان في الاسواق فان لم يكن سهم المصالح اكتري
من مال المفلس لانه يحتاج اليه لايفا ما عليه وكان عليه ويقدم على ساير الديون لان في ذلك
مصلحة له ويباع كل شي في سوقه لان اهل السوق اعرف بقيمة المتاع ومن يطلب السلع والسوق
اكثر ويبدا ببيع ما يسرع اليه الفساد لانه اذا اخر هلك وفي ذلك ضرر وقد قال صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا اضرار ثم بالحيوان لانه يحتاج الى علف ويخاف عليه التلف ويتانى بالعقار لانه
اذا تاني به كثر من يطلبه ولا يتاني به اكثر من ثلثة ايام لان فيما زاد اضرارا بالغرما في تاخير حقهم 107
فان كان في المال رهن او عبد تعلق الارش برقبته بيع في حق المرتهن والمجني عليه لان حقهما مختص
بالعين فقدم وان بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع رجع المشتري بالعهدة
في مال المفلس وهل يقدم على ساير الغرما روى المزني انه يقدم وروى الربيع انه اسوة الغرما
فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما يقدم لان في تقديمه مصلحة فانه متى لم يقدم تجنب الناس
شرا ماله خوفا من الاستحقاق والاقدام ورغبوا في شرا ماله والثاني انه اسوة الغرما لانه
دين تعلق بذمته بغير رضا من له الحق فضرب به مع الغرما كارش الجناية ومنهم من قال ان لم
ينفك الحجر عنه قدم لان فيه مصلحة له وان فك الحجر عنه كان كساير الغرما وحمل رواية
الربيع على هذا **فصل** وان كان في الغرما من باع منه شيا قبل الافلاس ولم ياخذ من ثمنه
شيا ووجد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين ان يترك ويضرب مع الغرما
بالثمن وبين ان يفسخ البيع ويرجع في عين ماله لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال من باع سلعة ثم افلس صاحبها فوجدها بعينها فهو احق بها من الغرما وهل يفتقر
الفسخ الى اذن الحاكم فيه وجهان قال ابو اسحق لا يفسخ الا باذن الحاكم لانه مختلف فيه فلم
يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة وقال ابو القسم الداركي لا يفتقر الى الحاكم
لانه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد فان حكم
حاكم بالمنع من الفسخ فقد قال ابو سعيد الاصطخري ينقض حكمه لانه حكم مخالف لنص
السنة ويحتمل ان لا ينقض لانه مختلف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور او على التراخي

فيه وجهان احدهما انه على التراخي لانه خيار لا يسقط الى بدل فكان على التراخي كخيار
الرجوع في الهبة والثاني انه على الفور لانه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد
بالعيب وهل يصح الفسخ بالوطي في الجارية فيه وجهان احدهما يصح كما يصح الفسخ بالوطي في خيار
الشرط والثاني انه لا يصح لانه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطي وان قال الغرما نحن نعطيك
الثمن ولا تفسخ لم يسقط حقه من الفسخ لانه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل العوض كالمشتري اذا وجد
بالسلعة عيبا وبذل له البايع الارش **فصل** وان كان قد باعه بعد الافلاس ففيه وجهان
احدهما ان له ان يفسخ لانه باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امراة بفقير
ثم اعسر بالنفقة والثاني ليس له ان يفسخ لانه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره كما لو اشترى
سلعة مع العلم بعيبها **فصل** وان وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه رجع بحصة ما بقي
من الثمن لانه اذا رجع بالجميع اذا لم يقبض جميع الثمن رجع في بعضه اذا لم يقبض بعض الثمن وان كان
المبيع عبدين متساويي القيمة وباعهما بمائة وقبض من الثمن خمسين ثم مات احد العبدين وافلس المشتري
فالمنصوص في المفلس انه ياخذ الباقي بما بقي من الثمن ونص في الصداق اذا اصدقها عبدين فهلك احدهما
ثم طلقها قبل الدخول على قولين احدهما انه ياخذ الموجود بنصف الصداق كقوله في التفليس والثاني انه ياخذ 108
نصف الموجود ونصف قيمة التالف فمن اصحابنا من نقل هذا القول الى البيع وقال فيه قولان احدهما ياخذ
نصف الموجود ويضرب مع الغرما بنصف ثمن التالف وهو اختيار المزني لان البايع قبض الخمسين منهما وما
بقي من ثمنه لا يرجع به والثاني انه ياخذ الموجود بما بقي لان ما اخذه جمعه لدفع الضرر فاذا كان باقيا
اخذ الباقي واذا هلك بعضه كالشقص في الشفعة ومن اصحابنا من قال ياخذ البايع الموجود بما بقي من
الثمن قولا واحدا وفي الصداق قولان والفرق بينهما ان البايع اذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف
لم يصل الى كمال حقه لان غريمه مفلس والزوج اذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف
وصل الى جميع حقه لان الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر **فصل**
وان وجد البايع عين ماله وهو رهن لم يرجع به لان حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك اسقاطه
لحقه فان امكن ان يقضي حق المرتهن ببيع بعضه بيع منه بقدر حقه ويرجع البايع في الباقي لان المنع
كان لحق المرتهن وقد زال **فصل** وان كان المبيع شقصا تثبت فيه الشفعة فهل يقدم الشفيع

ففيه ثلاثة أوجه أحدها أن الشفيع أحق لأن حقه سابق فإنه يثبت بالعقد وحق البائع يثبت
بالحجر فقدم حق الشفيع والثاني أن البائع أحق به لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر
عنه وحده وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما لأن البائع يرجع إلى عين ماله والشفيع يتخلص من
ضرر المشتري فيزول الضرر عنهما والثالث أنه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ويدفع
إلى البائع لأن في ذلك جمعاً بين الحقين وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما فصل
وإن كان المبيع صيداً والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تمليك صيد فلم يجز مع الإحرام كشرا
الصيد فصل وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل وقلنا إن الدين المؤجل لا يحل وديون الغرماء حالة
فالمنصوص أنه يباع المبيع في الديون الحالة لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل ومن أصحابنا
من قال لا يباع بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك والدليل أن الإفلاس بالحجر تعلق
الدين بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل فلا يباع في الديون الحالة فصل وإن وجد
المبيع وقد باعه المشتري ثم رجع إليه ففيه وجهان أحدهما أن له أن يرجع فيه لأنه وجد عين
ماله خالياً من حق غيره فأشبه إذا لم يبعه والثاني لا يرجع به لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه
فلم يملك فسخه فصل وإن وجد المبيع ناقصاً نظرت فإن كان نقصاناً بجزء ينقسم
عليه الثمن كعبدين تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها فالبائع بالخيار بين أن يضرب
مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف لأن البائع
يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن ثم المشتري إذا
وجد أحد العبدين في يد البائع والآخر هالكاً كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع
الثمن وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف فكذلك البائع وإن كان المبيع نخلاً مع
ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة قوم النخل مع الثمرة ثم يقوم بلا ثمرة ويرجع بما بينهما من الثمن وتعتبر
القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض فإن كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد
لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوم عليه وإن كانت في وقت القبض أقل قوم في وقت
القبض لأن ما نقص لم يقبضه المشتري فلم يضمنه فإن كان نقصان جزء لا ينقسم الثمن
عليه كذهاب يد وتأليف دار نظرت فإن لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشتري أو ذهبت

بآفة سماوية فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ويضرب مع الغرماء كما نقول
فيمن اشترى عبداً فذهبت يده أو داراً فذهب تأليفها في يد البائع فإن المشتري بالخيار بين أن
يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ويرجع بالثمن وإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي فالبائع بالخيار
بين أن يتركه ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذه ويضرب بما نقص من الثمن لأن الأرش كان في
مقابلة جزء كان البائع يستحقه فاستحق ما يقابله كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي
يده أنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش غير أن المشتري
يرجع على الجاني بنصف القيمة لأنها تلفت في ملكه فوجب له البدل والبائع يرجع بحصته من
الثمن لأنها تلفت في ملك المفلس فوجب الأرش له فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن لأن المبيع مضمون
على المفلس بالثمن فإن كان المبيع نخلاً عليه طلع غير مؤبر فهلكت الثمرة ثم أفلس بالثمن ورجع البائع
في النخل ففيه وجهان أحدهما يأخذها بجميع الثمن لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط
من الثمن والثاني يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء لأن الثمرة يجوز إفرادها
بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين فصل وإن وجد المبيع زائداً نظرت فإن كانت زيادة
غير متميزة كالسمن والكبر واختار البائع الفسخ رجع في المبيع مع الزيادة لأنها زيادة لا تتميز
فتبعت الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب وإن كان المبيع حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً
أو بيضاً فصار فرخاً ففيه وجهان أحدهما لا يرجع لأن الفرخ غير البيض والزرع غير الحب والثاني يرجع
وهو المنصوص لأن الفرخ والزرع عين المبيع وإنما تغيرت صفته فهو كالودي إذا صار نخلاً والجدي
إذا صار تيساً وإن كانت الزيادة متميزة نظرت فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه
من الثمار رجع فيه دون الزيادة لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الأصل
في الرد كما قلنا في الرد بالعيب فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع وإن اتفقوا على تركها
إلى الجداد ترك لأنه ملكهما وحق لا يعدوهما وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها حتى
القطع لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه فلا يؤخر بغير رضاه وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع
غير مؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه قولان روى الربيع أنه يرجع في النخل دون الطلع لأن الثمرة
ليست عين ماله فلم يرجع بها وروى المزني أنه يرجع لأنه يتبع الأصل في البيع فتبعه في الفسخ

علي نفي فعل الغير فلو حلف على البت حصل المقصود وان كان ذلك مجازفه ولكن البت قد يطلق في اراده غالب الحس من ... قطاه
يكون اليمين ... الى الرق فلم يقبل منه ولا ضرر على المفلس في ذلك ... قطاه

كالسمن والكبر وان قلنا بهذا فافلس وهو طلع مؤبر فلم يرجع حتى ابّر لم يرجع في الثمرة
لانها ابّرت وهي في ملك المفلس فان اختلف البائع والمفلس فقال البائع رجعت قبل التأبير
والثمرة لي وقال المفلس رجعت بعد التأبير والثمرة لي فالقول قول المفلس لان الاصل بقاء الثمرة على
ملكه فان لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء فيه قولان وقد مضى دليلهما فان كذبوه
وحلف واستحق واراد ان يفرقه على الغرماء ففيه وجهان احدهما انه لا يلزمهم قبوله لانهم اقروا
انه اخذه بغير حق والثاني يلزمهم قبوله او الابراء من الدين وعليه نص في المكاتب اذا حمل الى المولى
نجما فقال المولى هو حرام انه يلزمه ان ياخذه او يبرئه منه فان صدقه بعضهم وكذبه البعض
فقد قال الشافعي رحمه الله يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه فمن اصحابنا من قال لا يجوز ان
يفرقه الا على من صدقه لانه لا حاجة به الى دفع ذلك الى من يكذبه وقال ابو اسحق اذا اختار
المفلس ان يفرقه على الجميع جاز كما يجوز اذا كذبوه وحمل قول الشافعي رحمه الله اذا
اختار ان يفرقه فيمن صدقه فان قال البائع رجعت قبل التأبير والثمرة لي فصدقه المفلس
وكذبه الغرماء ففيه قولان احدهما يقبل قول المفلس لانه غير متهم والثاني لا يقبل لانه 111
تعلق به حق الغرماء فلم يقبل اقراره فيه فان قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء فيه طريقان
لاصحابنا منهم من قال على القولين كما قلنا في القسم قبله ومنهم من قال يحلفون قولا واحدا لان اليمين
ها هنا توجهت عليهم ابتداء وفي القسم قبله توجهت اليمين على المفلس فلما نكل نقلت اليهم
فصل وان كان المبيع جارية فحبلت وولدت في ملك المشتري ثم افلس بعد الوضع رجع
في الجارية دون الولد كما قلنا في الرد بالعيب ولا يجوز التفريق بين الام والولد فاما ان يزن البائع
قيمة الولد فياخذه مع الام او تباع الام والولد فياخذ البائع ثمن الام وياخذ المفلس ثمن الولد
ومن اصحابنا من قال اما ان يزن قيمة الولد فياخذه مع الام واما ان يسقط حقه من الرجوع والمذهب
الاول لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره فثبت له الرجوع وان افلس قبل الوضع فان قلنا لا
حكم للحمل رجع فيهما لانه كالسمن وان قلنا ان الحمل له حكم رجع في الام دون الحمل لانه كالحمل
المنفصل فان باعها وهي حائل ثم افلس المشتري وهي حبلى فان افلس قبل الوضع رجع فيها وان
افلس بعد الوضع فان قلنا للحمل حكم رجع فيهما لانهما كعينين باعهما وان قلنا لا حكم للحمل

رجع في الام دون الولد لانه نماء تميز من ملك المشتري فلم يرجع فيه البائع ولا يفرق بين الام
والولد على ما ذكرناه فصل فان كان المبيع طعاما فطحنه المشتري او ثوبا فقصره ثم
افلس نظرت فان لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ولا يكون للمشتري شريكا لانه
نقص بعمله لان عمله قد استهلكه ولم يظهر له اثر وان زادت قيمته بان كانت قيمته عشرة فصار
قيمته خمسة عشر ففيه قولان احدهما ان البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكا له بما عمل
فيه وهو قول المزني لانه لم يضف الى المبيع عينا وانما فرق الطحن اجزاء مجتمعة وفي القصارة اظهر
بياضا كان كامنا في الثوب فلم يصر شريكا للبائع في العين كما لو كان المبيع جوزا فكسره ولانه
زيادة لا تتميز فلم يتعلق حق المفلس بها كما لو كان المبيع غلاما فعلمه او حيوانا فسمنه والثاني
ان المشتري يكون شريكا للبائع بقدر ما زاد بالعمل ويكون حكم العمل حكم العين وهو الصحيح لانها 112
زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكا كما لو كان المبيع ثوبا فصبغه ولان القصار يملك
حبس العين لقبض الاجرة كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن فدل على ان العمل كالعين بخلاف
كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان فان الاجير في هذه الاشياء لا يملك حبس العين
لقبض الاجرة فعلى هذا يباع الثوب ويصرف ثلث الثمن الى الغرماء والباقي للبائع وان كان قد استاجر
المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع اليه الاجرة دفع الاجرة الى الاجير من ثمن الثوب لان الزيادة
حصلت بفعله فقضي حقه منها فصل وان اشترى من رجل ثوبا بعشرة ومن آخر صبغا بخمسة
فصبغ به الثوب ثم افلس نظرت فان لم يزد ولم ينقص بان صار قيمة الثوب خمسة عشر فقد وجد كل واحد
من البائعين عين ماله فان اختار الرجوع صار الثوب بينهما لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث
وان نقص فصار قيمة الثوب اثني عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله ووجد بائع الصبغ بعض ماله
لان النقص دخل عليه لهلاك بعضه فان اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهمان
ويضرب بما هلك من ماله وهو ثلثة مع الغرماء وان زاد فصار قيمة الثوب عشرين بني على القولين
في ان زيادة القيمة بالعمل كالعين ام لا فان قلنا انها اثر لا عين حصلت الزيادة في مالهما فيقسط
بينهما على الثلث والثلثين لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث وان قلنا انها كالعين كانت
الزيادة للمفلس فيكون شريكا للبائعين بالربع فصل وان كان المبيع ارضا فبناها او غرسها

فان اتفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الأرض لأنه وجد عين
ماله خالياً من حق غيره فجاز له الرجوع فإذا رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية
الأرض وأرش نقص إن حدث بها من القلع لأنه نقص حصل لتخليص ماله ويقدم ذلك على سائر
الديون لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا
لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق وهذا غرس بحق فإن قال البائع أنا أعطي
قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الأرض أو أقلع وأضمن أرش النقص ثبت له الرجوع لأنه يرجع
في عين ماله من غير إضرار وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع البائع من بذل العوض وأرش
النقص فقد روى المزني فيه قولين أحدهما أنه يرجع والثاني أنه لا يرجع فمن أصحابنا من قال إن كانت
قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع فلم يمنع الرجوع وإن كانت
قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء وحمل القول
على هذين الحالين وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحق إلى أنها على قولين أحدهما يرجع لأنه وجد عين
ماله مشغولاً بملك المفلس فيثبت له الرجوع كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده
والثاني لا يرجع لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق وغير شرب فيدخل الضرر
على المفلس والضرر لا يزال بالضرر فإن قلنا إنه يرجع وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص وامتنع
المفلس والغرماء من القلع فهل يجبر البائع على البيع فيه قولان أحدهما يجبر لأن الحاجة تدعو إلى البيع
لقضاء الدين فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب وإن لم يكن الصبغ له وكما يباع ولد المرهونة
مع الأم وإن لم يدخل في الرهن والثاني لا يجبر لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع فلا يجبر على بيعها
مع الغراس والبناء فصل وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشتري ثم أفلس واختار البائع الرجوع
في الأرض جاز لأنه وجد عين ماله مشغولاً بما ينقل فجاز له الرجوع فيه كما لو كان المبيع داراً وفيها
متاع للمشتري فإن رجع في الأرض نظرت في الزرع فإن استحصد وجب نقله وإن لم يستحصد جاز
تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة لأنه زرعه في ملكه فإذا انتقل جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد
من غير أجرة كما لو زرع أرضه ثم باع الأرض فصل وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب
والأدهان فخلطه بجنسه نظرت فإن خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع في عين ماله موجود

من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة فإن رجع واتفقا على القسمة قسم ودفع إليه مثل
مكيلته وإن طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس فيه وجهان أحدهما لا يجبر لأنه يمكن القسمة
ولا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين والثاني يجبر لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه
وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله وإن خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لأن عين ماله موجود
من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة وكيف يرجع فيه وجهان قال أبو إسحق يباع الزيتان ويقسم
ثمنه بينهما على قدر قيمتيهما لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه وإن أخذ
أكثر من زيته كان ربا فوجب البيع والثاني وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيته بالكيل لأنه وجد
عين ماله ناقصاً فرجع فيه مع النقص كما لو كان عين ماله ثوباً فحدث به عيب عند المشتري
فإن خلطه بأجود منه ففيه قولان أحدهما يرجع وهو قول المزني لأنه وجد عين ماله مختلطاً بما
لا يتميز عنه فأشبه إذا خلطه بمثله أو ثوباً فصبغه والثاني أنه لا يرجع لأن عين ماله غير موجود
حقيقة لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكماً لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته
منه ويخالف إذا خلطه بمثله لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته ويخالف الثوب إذا صبغه لأن عين
الثوب موجود وإنما تغير لونه فإن قلنا إنه يرجع فكيف يرجع فيه قولان أحدهما يباع
الزيتان ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتيهما لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل لأنه يأخذ
أكثر من حقه ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل لأنه ربا فوجب البيع والثاني يرجع من الزيت
بقيمة مكيلته فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره فصل وإن أسلم إلى
رجل في شيء وأفلس المسلم إليه وحجر عليه فإن كان رأس المال باقياً فله أن يفسخ العقد ويرجع إلى
عين ماله لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فرجع إليه كالمبيع وإن كان رأس المال تالفاً ضرب
مع الغرماء بقدر المسلم فيه فإن لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشتري ودفع إليه لأن أخذ
العوض عن المسلم فيه لا يجوز وقال أبو إسحق إذا أفلس المسلم إليه فللمسلم أن يفسخ العقد
ويضرب مع الغرماء برأس المال لأنه تعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم في الرطب
فانقطع والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه عقد واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالإفلاس
كما لو باعه عيناً فأفلس المشتري بالثمن والعين باقية ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ

115

هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم وههنا الفسخ بالافلاس والفسخ بالافلاس انما
يكون لمن وجد عين ماله وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ **فصل** وان اكرى
ارضا فافلس المكتري بالاجرة فان كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله ان يفسخ لان المنافع في الاجارة
كالعين المبيعة في البيع ثم اذا افلس المشتري والعين باقية ثبت له الفسخ فكذلك اذا
افلس المكتري والمنافع باقية وجب ان يثبت له الفسخ وان افلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي
البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى وفسخ في ما بقي كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده احدهما
ثم افلس فانه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقي فان فسخ وفي الارض زرع لم يستحصد
نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على تبقيته باجرة الى وقت الحصاد لزم المكري قبوله لان الزرع
حق وقد بذل له الاجرة لما بقي فلزمه قبولها وان لم تبذل له الاجرة جاز له المطالبة بقطعه لان
التبقية الى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء والضرر لا يزال بالضرر وفي تبقيته من غير عوض
اضرار بالمكري وان دعا بعضهم الى القطع وبعضهم الى التبقية نظرت فان كان الزرع لا قيمة له
في الحال كالطعام في اول ما يخرج من الارض لم يقطع لانه اذا قطع لم تكن له قيمة واذا ترك صار
له قيمة فقدم قول من دعا الى الترك وان كان له قيمة كالقصيل الذي يقطع ففيه وجهان احدهما
يقدم قول من دعا الى القطع لان من دعا الى القطع تعجل حقه فلم يؤخر والثاني وهو قول ابي اسحق
انه يفعل ما هو احظ والاول اظهر **فصل** اذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففي حجره وجهان
احدهما يزول الحجر لان المعنى الذي لاجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال
الحجر كالمجنون اذا افاق والثاني لا يزول الا بالحاكم لانه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل الا بالحاكم
كالحجر على المبذر **فصل** ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر
في حياته فان كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال اذا مات الرجل وله دين الى اجل وعليه دين الى اجل فالذي عليه حال والذي له الى
اجله ولان الاجل جعل رفقا بمن عليه الدين والرفق بعد الموت ان يقضى دينه وتبرأ ذمته والدليل
عليه ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال نفس المؤمن مرتهنة في قبره
بدينه الى ان يقضى عنه **فصل** فان تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين ففيه وجهان

ومنشاهما ان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش برقبة الجاني او كتعلق الدين بالمرهون والاظهر انه
كتعلق الدين بالمرهون معتمد

116

احدهما لا يصح لانه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضا من له الحق كالمرهون
والثاني يصح لانه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض فان قلنا
انه يصح فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وان لم يقض فسخنا وان باع عبدا او مات وتصرف
الوارث في التركة ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده او وقع في بئر كان حفرها بهيمة ففي تصرف
الورثة وجهان احدهما انه يصح لانهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق احد والثاني يبطل
لانا تبينا انهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة وان كان في غرماء الميت من باع شيئا ووجد عين ماله
فان لم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين ان يضرب مع الغرماء بالثمن وبين ان يفسخ ويرجع في عين
ماله لما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال في رجل افلس هذا الذي قضى فيه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه
وان كانت التركة تفي بالدين ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري رحمه الله ان
له ان يرجع في عين ماله لحديث ابي هريرة رضي الله عنه والثاني لا يجوز ان يرجع في عين ماله وهو
المذهب لان المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع كالحي المليء وحديث ابي هريرة قد روى فيه ابو بكر
النيسابوري رحمه الله وان خلف وفاء فهو اسوة الغرماء **فصل** اذا قسم مال المفلس او مال
الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما اخذوه على قدر دينه
لانا انما قسمنا بينهم بحكم الظاهر انه لا غريم له غيرهم فاذا بان خلاف ذلك وجب
نقض القسمة كالحاكم اذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه وان اكرى رجل دارا سنة
وقبض الاجرة وتصرف فيها ثم افلس وقسم ماله بين الغرماء ثم انهدمت الدار في اثناء المدة فان
المكتري يرجع على المفلس باجرة ما بقي وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به ام لا فيه وجهان احدهما
لا يشاركهم لانه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا كما لو استقرض
مالا بعد القسمة والثاني يشاركهم لانه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء كما لو انهدمت
الدار قبل القسمة ويخالف القرض لان دينه لا يستند ثبوته الى ما قبل الحجر وهذا يستند الى ما قبل
الحجر ولان المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة والمكري يشاركهم في المال قبل القسمة
فشاركهم بعد القسمة

باب الحجر

اذا ملك الصبي

أو المحبوس ما لا يجز عليه في ماله والدليل عليه قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا
النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل
البلوغ والرشد **فصل** وينظر في ماله الأب ثم الجد لأنها ولاية في حق الصغير فقدم الأب والجد
فيها على غيرهما كولاية النكاح فإن لم يكن له أب ولا جد نظر فيه الوصي لأنه نائب عن
الأب والجد فقدم على غيره وإن لم يكن وصي نظر السلطان لأن الولاية من جهة القرابة
قد سقطت فثبتت للسلطان كولاية النكاح وقال أبو سعيد الإصطخري إذا لم يكن أب
ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فثبت لها الولاية في المال كالأب والمذهب أنه لا ولاية لها
لأنها ولاية تثبت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح **فصل** ولا يتصرف الناظر في
ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه اغتباط فأما ما لا حظ فيه كالعتق
١١٧ والهبة والمحاباة فلا يملكه لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن
ولقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا إضرار وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا
يملكه ويجوز أن يتجر في ماله لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال من ولي يتيما وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة **فصل** ويبتاع له
العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته ولا يبتاعه إلا من مأمون لأنه إذا لم يكن مأمونا لم يأمن أن
يبيع ما لا يملكه ولا يبتاعه في موضع قد أشرف على الخراب أو يخاف عليه الهلاك لأن في ذلك
تغريرا بالمال ويبني له العقار ويبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن والجص لأن الآجر يبقى
واللبن يهلك والجص يجحف به والطين لا ثمن له والجص يتناثر ويذهب ثمنه والطين لا يتناثر
وإن تناثر فلا ثمن له ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص
من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له العقار إلا في موضعين أحدهما أن تدعو إليه ضرورة بأن يفتقر
إلى النفقة وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه والثاني أن يكون له في بيعه غبطة وهو
أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشترى ببعض الثمن مثله لأن البيع في هذين الحالين
فيه حظ وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر
فإن كان الذي باعه الأب أو الجد سجل له لأنهما لا يتهمان في حق الولد وإن كان غيرهما لم يسجل

حتى يقيم بينة على الضرورة أو الغبطة لأنه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بينة فإن
١١٨ بلغ الصبي وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة فإن كان الولي أبا أو جدا فالقول قوله
وإن كان غيرهما لم يقبل إلا ببينة لما ذكرناه من الفرق فإن بيع في شركته شقص فإن كان الحظ
في أخذه بالشفعة لم يترك وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ لأنا بينا أن تصرفه على النظر
والاحتياط فلا يفعل إلا ما يقتضي النظر والاحتياط فإن ترك الشفعة والحظ في تركها
ثم بلغ الصبي وأراد أن يأخذ فالمنصوص أنه لا يملك لأن ما فعل الولي فيما فيه نظر لا يملك
الصبي نقضه كما لو أخذ والحظ في الأخذ فبلغ وأراد أن يرد ومن أصحابنا من قال له أن يأخذ لأنه
يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ وفيما لا حظ فيه وقد بلغ فجاز أن يأخذ وإن لم يكن فيه
حظ وهذا خطأ لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقيا وهذا قد سقط بعفو الولي
فسقط فيه اختياره وإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة فالحكم فيه كالحكم في بيع
العقار وقد بيناه **فصل** ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة فإن كانت السلعة تساوي
مائة نقدا ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لأنه باع بدون الثمن
وإن باعها بمائة وعشرين من غير رهن لم يصح البيع لأنه غرر بالمال فإن باع بمائة نقدا وعشرين
مؤجلا وأخذ بالعشرين رهنا جاز لأنه لو باعها بمائة نقدا جاز فلأن يجوز وقد زاده عشرين
أولى وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنا ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنه أخرج
ماله من غير عوض والثاني يجوز وهو ظاهر النص وقول أبي إسحاق لأنه باع بربح واستوثق بالرهن
فصل ولا يكاتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة لأنه يأخذ العوض من كسبه وهو ماله
فيصير كالعتق من غير عوض **فصل** ولا يسافر بماله من غير ضرورة لأن فيه تغريرا بالمال
ويروى إن المسافر وماله على قلت قال الشاعر
بغاث الطير أكثرها فراخا وأم الصقر مقلات نزور فإن دعت إليه الضرورة بأن خاف
عليه الهلاك في الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به لأن السفر هاهنا أحوط **فصل** ولا
يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة لأنه يخرجه من يده من غير حاجة فلم يجز فإن خاف عليه من
نهب أو حريق أو غرق أو أراد سفرا وخاف عليه جاز له الإيداع والإقراض فإن قدر على الإيداع

دون الاقراض او دفع او لا يودع الا ثقة وان قدر على الاقراض دون الايداع اقرضه ولا يقرض
الا ثقة مليا لان غير الثقة يجحد وغير الملي لا يمكن اخذ البدل منه فان اقرض ورأى اخذ
الرهن عليه اخذ وان رأى ترك الرهن لم يأخذ وان قدر على الايداع والاقراض فالاقراض اولى
لان القرض مضمون بالبدل والوديعة غير مضمونة فكان القرض احوط فان ترك الاقراض
واودع ففيه وجهان احدهما يجوز لانه يجوز كل واحد منهما فاذا قدر عليهما تخير بينهما والثاني
لا يجوز لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن والاقراض هاهنا احسن فلم يجز
تركه ويجوز ان يقترض له اذا دعت اليه الحاجة ويرهن عليه ماله لان في ذلك مصلحة له
فجاز فصل وينفق عليه بالمعروف من غير اسراف ولا اقتار لقوله تعالى والذين اذا انفقوا لم
يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وان رأى ان يخلط ماله بماله في النفقة جاز لقوله
تعالى ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد
من المصلح فان بلغ الصبي واختلفا في النفقة فان كان الولي هو الاب او الجد فالقول قوله وان
كان غيرهما ففيه وجهان احدهما يقبل لان في اقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله
والثاني لا يقبل كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار فصل وان اراد
ان يبيع ماله بماله فان كان ابا او جدا جاز ذلك لانهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما
وان كان غيرهما لم يجز لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم
ولانه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك اليه فصل وان اراد ان
يأكل من ماله نظرت فان كان غنيا لم يجز لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وان كان
فقيرا جاز له ان يأكل لقوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وهل يضمن البدل فيه
قولان احدهما لا يضمن لانه اجيز له الاكل بحق الولاية فلم يضمنه كالرزق الذي
يأكله الامام من اموال المسلمين والثاني انه يضمن لانه مال الغير اجيز له اكله للحاجة فوجب
ضمانه كمن اضطر الى مال غيره فصل ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد
لقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم والبلوغ
فانه يحصل بخمسة اشياء ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي الانزال والسن والانبات واثنان

يختص بهما المرأة وهما الحيض والحبل فاما الانزال فهو انزال المني فمتى انزل صار بالغا والدليل
عليه قوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا فامرهم بالاستئذان بعد
الاحتلام فدل على انه بلوغ وروى عطية القرظي قال عرضنا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم زمن قريظة فمن كان محتلما او نبتت عانته قتل ولو لم يكن بالغا لما قتل واما
السن فهو ان يستكمل خمس عشرة سنة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه
قال عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني
ولم يرني بلغت وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فرآني بلغت فاجازني
واما الانبات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة وهو بلوغ في حق الكافر والدليل عليه
ما روى عطية القرظي قال كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ فشكوا في امن الذرية انا ام
من المقاتلة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروا الى عانته فان كان قد انبت والا
فلا تقتلوه فنظروا فاذا عانتي لم تنبت فجعلوني في الذرية ولم اقتل وهل هو بلوغ في نفسه او دلالة
على البلوغ فيه قولان احدهما انه بلوغ فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلمين بما كان بلوغا في حق
الكافر كان بلوغا في حق المسلم كالاحتلام والسن والثاني انه دلالة على البلوغ فعلى
هذا هل يكون دلالة في حق المسلم فيه وجهان احدهما انه دلالة لما روى محمد بن يحيى بن حبان
ان غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده انبت فقال لو انبت
الشعر لحددتك والثاني انه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص لان المسلمين
يمكن الرجوع الى اخبارهم فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم ولان الكافر لا يستفيد بالبلوغ
الا وجوب الجزية ووجوب القتل فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر والمسلم يستفيد
بالبلوغ التصرف والكمال في الاحكام فلا يؤمن ان يداوي العانة بما ينبت الشعر فلم
يجعل ذلك دلالة في حقه واما الحيض فهو بلوغ لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لاسماء بنت ابي بكر ان المرأة اذا بلغت المحيض لا يصلح ان يرى منها الا هذا واشار الى الوجه
والكف فعلق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف فدل على انه بلوغ يتعلق به التكليف
واما الحبل فهو دليل على البلوغ فاذا حبلت حكمنا بانها بالغ لان الحبل لا يكون الا بانزال الماء

١٢١

وتدل على البلوغ فإذا أتت المرأة لها زوج بولد حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة
أشهر لأن ذلك أقل مدة الوضع وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج حكمنا بأنها بالغ
من قبل الطلاق وإن كان خنثى فخرج المني من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ لجواز
أن يكون ذلك من العضو الزائد وإن خرج المني من الذكر والدم من الفرج فقد بلغ لأنه إن كان رجلا
فقد أمنى وإن كان امرأة فقد حاضت. فصل وأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين
والمال فإصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما تسقط به العدالة وإصلاح المال أن يكون
حافظا لماله غير مبذر ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة إن كان تاجرا أو تناية إن
كان تانيا أو إصلاح أمر البيت إن كانت امرأة واختلف أصحابنا في وقت الاختبار
فمنهم من قال لا يختبر في التجارة إلا بعد البلوغ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه فلا يصح اختباره
ومنهم من قال يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فأمر
باختبار اليتامى وهم الصغار وعلى هذا كيف يختبر فيه وجهان أحدهما أنه يسلم إليه المال
فإذا ساوم وقدر الثمن عقد الولي لأن عقد الصبي لا يصح والثاني أنه يتركه حتى يعقد
لأن هذا موضع ضرورة. فصل وإن بلغ مبذرا استديم الحجر عليه لأن الحجر عليه إنما
ثبت للحاجة إليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا
وإن بلغ مصلحا للمال فاسقا في الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى فإن آنستم منهم
رشدا فادفعوا إليهم أموالهم والفاسق لم يؤنس منه الرشد ولأن حفظه للمال لا يوثق به
مع الفسق لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل شهادته
وإن كان معروفا بالصدق لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب. وينظر في ماله من
كان ينظر فيه في حال الصغر وهو الأب والجد والوصي والحاكم لأنه حجر ثبت من غير قضاء
فكان النظر فيه إلى من ذكرنا كالحجر على الصبي والمجنون. فصل وإن بلغ مصلحا
للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم
وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم فيه وجهان أحدهما أنه لا يفتقر إلى الحاكم لأنه حجر ثبت
بغير حاكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون والثاني أنه يفتقر إلى الحاكم لأنه يحتاج إلى النظر

١٢٢

وهذا خلاف إجماع أهل الأعصار لأنهم لم يقفوا تصرف الناس على الحاكم ولو كان ما قاله هذا القائل صحيحا لكان
الناس محجورا عليهم من سن البلوغ ... حكيناه فيه إذا بلغ سفيها ثم زال السفه من النهاية بلفظه
وهو بعيد جدا أو هو أبعد مما

والاجتهاد فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه. فصل وإن فك عنه الحجر ثم صار مبذرا
حجر عليه لما روي أن عبد الله بن جعفر ابتاع أرضا سبخة بستين ألفا فقال عثمان ما يسرني أن تكون لي
بنعلي فبلغ ذلك عليا وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير وذكر أن عليا
يريد أن يسأل عثمان أن يحجر عليه فقال الزبير أنا شريكك فجاء علي إلى عثمان وسأله أن يحجر عليه
فقال كيف أحجر على من شريكه الزبير فدل على جواز الحجر ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ
اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ كالجنون وإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقا ففيه وجهان
قال أبو العباس يعاد عليه الحجر لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ فاقتضى الحجر بعده كالتبذير
وقال أبو إسحاق لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر للفسق لخوف التبذير وتبذير الفاسق ليس بيقين فلا يزال به
ما ثبت من حفظه للمال ولا يعاد الحجر بالتبذير إلا بالحاكم لأن عليا كرم الله وجهه أتى عثمان
رضي الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر فإن الغبن قد
يكون تبذيرا وقد يكون غير تبذير ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم وإذا حجر
عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس
ويستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله فإن أقرضه رجل مالا
أو باع منه متاعا لم يملكه لأنه محجور عليه لعدم الرشد فلم يملك بالبيع والقرض كالصبي والمجنون
فإن كانت العين باقية ردت وإن كانت تالفة لم يجب ضمانها لأنه إن كان علم بحاله فقد
دخل على بصيرة أن ماله ضائع وإن لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار ودخل في معاملته
على غير معرفة وإن غصب مالا وأتلفه وجب عليه ضمانه لأن حجر العبد والصبي آكد من حجره ثم حجر
العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى فإن أودعه مالا فأتلفه
ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب ضمانه لأنه فرط في التسليم إليه والثاني يجب ضمانه لأنه لم يرض بإتلافه
فإن أقر بمال لم يقبل إقراره لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح إقراره بالمال كالصبي ولأنا لو قبلنا إقراره
توصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر لأنا
أسقطنا حكم الإقرار والابتياع لحفظ المال فلو ألزمناه إذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر في حفظ المال
وإن طلق امرأته صح الطلاق لأن الحجر لحفظ المال والطلاق لا يضيع المال بل يتوفر المال وإن خالع جاز

لانه اذا صح الطلاق بغير مال فلان يصح بالمال اولى وقد يجوز للمراة ان تدفع المال اليه فان دفعته الم يصح
الفسخ ولم تثر المراة منه فان بلغت كان ذلك من ضمانها وان تزوج بغير اذن الولي فالنكاح
باطل لانه يجب به المال فاذا صححنا من غير اذن الولي تزوج من غير حاجة فيؤدي الى اتلاف المال فان
تزوج باذنه صح لانه لا ياذن الا في موضع الحاجة فلا يؤدي الى الاتلاف فان باع باذنه ففيه
وجهان احدهما يصح لانه عقد معاوضة يملكه باذنه كالنكاح والثاني لا يصح لان المقصود منه
١٢٧ المال وهو محجور عليه في المال وان حلف انعقدت يمينه فاذا حنث كفر بالصوم لانه مكلف ممنوع من
التصرف في المال فصحت يمينه وكفر بالصوم كالعبد وان احرم بالحج صح احرامه لانه من اهل العبادات
فان كان فرضا لم يمنع من اتمامه ويجب الانفاق عليه الى ان يفرغ منه لانه مال يحتاج اليه لاداء الفرض
فوجب وان كان تطوعا فان كان ما يحتاج اليه في الحج لا يزيد على نفقته لزمه اتمامه وان كان يزيد على
نفقته فان كان له كسب اذا اضيف الى النفقة امكنه الحج لزمه اتمامه وان لم يمكنه حلله الولي
من الاحرام ويصير كالمحصر ويحلل بالصوم دون الهدي لانه محجور عليه في المال فيحلل بالصوم دون
الهدي كالعبد وان اقر بنسب ثبت النسب لانه حق ليس بمال فقبل اقراره به كالحد وينفق على
الولد من بيت المال لان المقر محجور عليه في المال فلا ينفق عليه من المال كالعبد وان وجب له القصاص فله ان
يقتص وله ان يعفو لان المقصود منه التشفي ودرك الغيظ فان عفا على مال وجب المال وان عفا مطلقا
او عفا على غير مال فان قلنا ان القتل يوجب احد الامرين من القصاص او الدية وجبت الدية ولم
يصح عفوه عنها وان قلنا انه لا يوجب غير القصاص سقط القصاص ولم يجب المال

باب الصلح

اذا كان لرجل عند رجل عين في يده او دين في ذمته جاز ان يصالح منه والدليل عليه ما روى ابو هريرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين فان
صالح من المال على مال فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار ~~ولا يثبت فيه ما لا يثبت في البيع من الخيار~~
ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر والجهالة والربا ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة لانه
باع ماله بمال فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه وان صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح
لانه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض فان صالحه من دين على عين وتفرقا قبل القبض ففيه وجهان احدهما
لا يصح لانهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد فاشبه اذا تفرقا عن دين بدين والثاني يصح لانه

سع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمة وان صالح عن المال على منفعة فهو اجارة يثبت فيه
ما يثبت في الاجارة من الخيار ويبطل بما تبطل به الاجارة من الجهالة لانه استاجر منفعة بالمال فكان
حكمه فيما ذكرناه حكم الاجارة فصل وان صالح من دار على نصفها ففيه وجهان احدهما
لا يصح لانه ابتاع ماله بماله والثاني يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كانه وهب النصف واخذ النصف
وان صالحه من الدار على سكناها سنة ففيه وجهان احدهما لا يصح لانه ابتاع داره بمنفعتها والثاني
١٢٤ يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كانه اعار الدار واعاره سكناها سنة وان صالحه من الف درهم
على خمسمائة ففيه وجهان احدهما لا يصح لانه بيع الف بخمسمائة والثاني يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح جعل
كانه قال ابرأتك من خمسمائة واعطني خمسمائة فصل وان ادعى عليه عينا في يده او دينا في ذمته
فانكر المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح لان المدعي اعتاض عما لا يملكه فصار
كمن باع مال غيره والمدعى عليه عاوض على ملكه فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله فان جاء اجنبي الى
المدعي وصدقه على ما ادعاه وقال صالحني منه على مال لم يخل اما ان يكون المدعى عينا او دينا فان
كان دينا نظرت فان صالحه عن المدعى عليه صح الصلح لانه لو كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى
دينه باذنه وان لم يوكله فقد قضى دينه بغير اذنه وذلك يجوز وان صالحه عن نفسه وقال صالحني
عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعى عليه ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه
احدهما لا يصح لانه لا يقدر على تسليم ما في ذمته والثاني يصح كما لو اشترى وديعة في يد غيره
وان كان المدعى عينا نظرت فان صالحه عن المدعى عليه وقال اقر لك في الباطن ووكلني في مصالحتك
فصدقه المدعي صح الصلح لان الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه وما زعم ينظر
فيه فان كان قد اذن له في الصلح ملك المدعى عليه العين لانه ابتاعه له وكيله وان لم يكن قد اذن له
في الصلح لم يملك المدعى عليه العين لانه ابتاع له عينا بغير اذنه فلم يملكه ومن اصحابنا من قال يملكه
ويصير هذا الصلح استنقاذا لماله كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجدا ثم
ادعاها رجل فانكر فاستنقذه الجيران من المدعي بغير اذن المدعى عليه انه يجوز ذلك وان صالحه لنفسه
فقال انا اعلم انه لك فصالحني فانا اقدر على اخذه صح الصلح لانه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على
اخذه فان اخذه استقر الصلح وان لم يقدر على اخذه فهو بالخيار بين ان يفسخ ويرجع الى ما دفع وبين ان

ذلك اقرار لان ذلك اعتراف بانه ملكه فقال وان قال بعني قال الشيخ ابو حامد لا يكون اقراراً كالصلح وقال القاضي ابو الطيب يكون اعترافاً وجرى مجرى قوله ملكني

يصير الى ان يعلم حكم من باع عبداً فابق قبل القبض فصل وان ادعى عليه مالاً فانكره ثم قال
صالحني منه لم يكن ذلك اقراراً لانه يحتمل انه اراد قطع الخصومة فلم يجعل ذلك اقراراً
وان قال بعني ذلك ففيه وجهان احدهما لا يجعل ذلك اقراراً وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني رحمه الله
لان البيع والصلح واحد فاذا لم يكن الصلح اقراراً لم يكن البيع اقراراً والثاني يجعل ذلك اقراراً وهو قول
شيخنا القاضي ابي الطيب الطبري رحمه الله لان البيع تمليك والتمليك لا يصح الا ممن يملك فصل 125
وان اخرج جناحاً الى طريق لم يخل اما ان يكون الطريق نافذاً او غير نافذ فان كان الطريق نافذاً نظرت
فان كان الجناح لا يضر بالمارة جاز ولم يعترض عليه واختلفوا في علته فمن اصحابنا من
قال يجوز لانه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك احد من غير اضرار فجاز كالمشي في الطريق ومنهم من
قال يجوز لان الهواء تابع للقرار فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير اضرار ملك الارتفاق
بالهواء من غير اضرار فان وقع الجناح او نقضه وبادر من يحاذيه فاخرج جناحاً يمنع من اعادة الجناح
الاول جاز لان الاول ثبت له الارتفاق بالسبق الى اخراج الجناح فاذا زال الجناح جاز لغيره ان يرتفق كما
لو قعد في طريق ثم قام عنه فصل فان صالحه الامام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح
لمعنيين احدهما ان الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل والثاني ان ذلك حق
له فلا يجوز ان يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز في الطريق وان كان الجناح يضر
بالمارة لم يجز واذا اخرجه وجب نقضه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار ولانه
يضر بالمارة في طريقهم فلم يجز كالقعود في المضيق وان صالحه الامام عن ذلك على شيء لم يجز
لمعنيين احدهما ان الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد والثاني انما منع منه للاضرار بالناس فلم يجز
بعوض كالقعود في المضيق والبناء في الطريق فصل ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر الى حال الطريق
فان كان طريقاً لا تمر فيه القوافل ولا تجوز فيه الفوارس لم يجز اخراج الجناح الا بحيث يمر الماشي
تحته منتصباً لان الضرر يزول بهذا القدر ولا يزول بما دونه وان كان الطريق تمر فيه القوافل وتجوز
فيه الفوارس لم يجز الا عالياً بمقدار ما تمر العمارية تحته ويمر الراكب منتصباً وقال ابو عبيد بن حربويه
لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورمحه منصوب لانه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح
ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح والاول هو المذهب لانه يمكنهم ان يضعوا اطرافها على الاكتاف

هوا املاكه

عن نصيبه فلا يتأذوا به فصل وان اخرج جناحاً الى دار جاره من غير اذنه لم يجز واختلف
اصحابنا في تعليله فمنهم من قال لا يجوز لانه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير اذنه من غير
ضرورة كاكل ماله ومنهم من قال لا يجوز لان الهواء تابع للقرار والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار
الجار فلا يملك الارتفاق بهواء داره فان صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز لان الهواء تابع فلا يفرد بالعقد

126 تم الجزء السادس عشر يتلوه الجزء السابع عشر

بسم الله الرحمن الرحيم فصل وان اخرج الجناح الى درب غير نافذ نظرت فان لم يكن له في
الدرب طريق لم يجز لما ذكرناه في دار الجار وان كان له فيه طريق ففيه وجهان احدهما يجوز وهو قول
الشيخ ابي حامد الاسفرايني رحمه الله لان الهواء تابع للقرار فاذا جاز ان يرتفق بالقرار بالاجتياز
جاز ان يرتفق بالهواء باخراج الجناح والثاني لا يجوز وهو قول شيخنا القاضي ابي الطيب الطبري رحمه الله
لانه موضع تعين ملاكه فلم يجز اخراج الجناح اليه بغير اذنهم فان صالحه اهل الدرب عنه فان قلنا
يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج الى الشارع وان قلنا لا يجوز اخراج
الجناح لم يجز الصلح لما ذكرناه على الجناح الخارج الى دار الجار فصل وان اراد ان يعمل ساباطاً ويضع
اطراف اجذاعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير اذنه لانه حمل على ملك الغير من غير ضرورة
فلم يجز من غير اذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره فان صالحه منه على شيء جاز اذا عرف مقدار الاجذاع
فان كانت حاضرة نظر اليها وان لم تحضر وصفها وان اراد ان يبني عليها ذكر سمك البناء وما يبنى
فان اطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمقادير الاجذاع ومواضع البناء وان وقت كان ذلك اجارة تنقضي
بانقضاء المدة فصل ولا يجوز ان يفتح كوة ولا يسمر مسماراً في حائط جاره الا باذنه ولا في الحائط
المشترك بينه وبين غيره الا باذنه لان ذلك يوهي الحائط ويضر به فلا يجوز من غير اذن مالكه ولا
يجوز ان يبني على حائط جاره ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير اذن ولا على السطحين المتلاصقين
حاجزاً من غير اذن صاحبه لانه حمل على ملك الغير فلم يجز من غير اذن كالحمل على بهيمته
ولا يجوز ان يجري على سطحه ماء من غير اذنه فان صالحه منه على عوض جاز اذا عرف السطح الذي
يجري ماؤه لانه يختلف ويتفاوت فصل وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذي
بينه وبين شريكه قولان قال في القديم يجوز فان امتنع الجار او الشريك اجبر عليه اذا كان الجذع خفيفاً

١٢٧

لا تضر بالحائط ولا يقدر على التسقيف إلا به لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره قال أبو هريرة إني لأراكم
عنها معرضين والله لأرمينها بين أظهركم ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه
عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره وقال في الجديد لا يجوز بغير
إذن وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ولأنه انتفاع
بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على بهيمته والبناء في أرضه وحديث أبي هريرة
نحمله على الاستحباب وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا والحائط مملوك ولأن الماء لا ينقطع
مادته والحائط بخلافه فإن كان الجذع ثقيلا يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير إذنه قولا واحدا
لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحا يضر بالمارة وإن
كان لا حاجة به إليه لم يجبر عليه لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة ولهذا يجب بذل فضل الماء
عند الحاجة إليه للكلأ ولا يجب مع عدم الحاجة فإن قلنا يجبر عليه فصالحه منه على مال لم يجز
لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه وإن قلنا لا يجبر عليه فصالحه منه على مال جاز على ما بيناه
في أحكام الإجارات **فصل** إذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك وقلنا إنه يجبر في
قوله القديم أو صالح عنه على مال في قوله الجديد فوقع جاز أن يعيده فإن صالحه صاحب الحائط
عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأنه حق جاز بيعه جاز إسقاطه كسائر الأموال **فصل**
وإن كان في ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره جاز للجار مطالبته بإزالة
ما حصل في ملكه فإن لم يزله جاز للجار إزالته عن ملكه كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه فإن له
أن يطالبه بالخروج فإن لم يخرج أخرجه فإن صالحه منه على مال فإن كان يابسا لم يجز لأنه عقد
على الهواء والهواء لا يفرد بالعقد وإن كان رطبا لم يجز لما ذكرناه ولأنه صلح على مجهول لأنه يزيد
في كل وقت **فصل** وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار وظهرها إلى الشارع ففتح بابا من الدار إلى
الشارع جاز لأن له حق الاستطراق في الشارع فجاز أن يفتح إليه بابا من الدار وإن كان باب الدار إلى
الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح من الدار بابا إلى الزقاق نظرت فإن فتحه ليستطرق الزقاق
لم يجز لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لأهله لا حق له في طريقه فإن قال أفتحه ولا

١٢٨

صح من البيان والتهذيب د صح من ق والعزيز والمحرر معا

أجعله طريقا بل أغلقه وأسمره ففيه وجهان أحدهما أن له ذلك لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع
حائط الدار فلأن يجوز أن يفتح فيه بابا أولى والثاني لا يجوز لأن الباب دليل على الاستطراق فيمنع منه
وإن فتح في الحائط كوة إلى الزقاق جاز لأنه ليس بطريق ولا دليل عليه وإن كان له داران في زقاقين غير
نافذين وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى ففيه وجهان أحدهما
أنه لا يجوز لأنه يجعل الزقاقين نافذين ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين إلى
الدار التي ليست منه ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من
يوجب الشفعة بالطريق والثاني يجوز وهو اختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأن له أن يزيل
الحاجز بين الدارين ويجعلهما دارا واحدة ويترك البابين على حالهما فجاز أن ينفذ إحداهما إلى الأخرى
فصل إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ فأراد أن ينقل الباب نظرت فإن أراد نقله إلى
أول الدرب جاز لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب ففيه وجهان
أحدهما لا يجوز لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له والثاني يجوز لأن حقه
ثابت في جميع الدرب ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه فإن كان بابه في آخر الدرب
وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه ويجعل إلى عمق الباب دهليزا إن قلنا إن من بابه في وسط الدرب يجوز أن
يؤخره إلى آخر الدرب لم يجز لهذا أن يقدمه لأنه مشترك بين الجميع فلا يجوز أن يختص به وإن قلنا لا يجوز جاز
لهذا أن يقدمه لأنه يختص به **فصل** إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم فدعا أحدهما
صاحبه إلى العمارة وامتنع الآخر ففيه قولان قال في القديم يجبر لأنه إنفاق على ملك مشترك يزول به
الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإنفاق على العبد وقال في الجديد لا يجبر لأنه إنفاق على ملك
لو انفرد به لم يجب فإذا اشترك لم يجب كزراعة الأرض فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم
الممتنع على الإنفاق فإن لم يفعل وله مال باعه وأنفق وإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه
فإذا بني الحائط كان بينهما كما كان ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان وإن أراد الشريك
أن يبنيه لم يمنع منه لأنه يعيد رسما في ملك مشترك فلم يمنع منه كما لو كان على الحائط رسم خشب
فوقع فإن بنى الحائط بغير إذن الحاكم نظرت فإن بناه بآلته ونقضه عاد الحائط بينهما كما كان
برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعينه وليس للباني فيه إلا أثر في التأليف وإن بناه بغير آلته كان الحائط

١٢٩

للباني لا يجوز لشريكه أن ينتفع به من غير إذنه فإن أراد الباني نقضه كان له ذلك لأنه
ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه فإن قال الممتنع لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجبر
له نقضه لأن على هذا القول يجبر على البناء فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة
وجب تبقيته وأجبر عليه كما أجبر على البناء وإن قلنا يجبر له الجديد فأراد الشريك أن ينتفع به
لم يمنع لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك وهو عرصة الحائط فلم يمنع منه وإن بناه بآلته فهو بينهما
ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ما كان له من رسم خشب وإن بناه بآلة أخرى فالحائط له
وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به وإن أراد نقضه كان له لأنه لا حق لغيره فيه فإن قال
الشريك لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه لأن على هذا القول لو امتنع من البناء
الابتداء لم يجبر فإذا بناه لم يجبر على تبقيته وإن قال قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف
القيمة وأعيد رسم الخشب قلنا للباني إما أن تمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة وإما أن
تنقضه ليبني معك لأن القرار مشترك بينهما فلا يجوز أن تعيد رسمه ويسقط حق شريكه **فصل**
وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما فانهدم حيطان السفل لم يكن لصاحب
السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء ولا أحد البناء حيطان السفل لصاحب السفل ولا يجبر
صاحب العلو على بنائه وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء فيه قولان فإن قلنا
يجبره ألزمه الحاكم فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال
اقترض عليه فإذا بنى الحائط كان ملكاً لصاحب السفل لأنه بني له وتكون النفقة في ذمته ويعيد
صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب
السفل لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه من مالهما
فإن تبرع صاحب العلو وبنى من غير إذن الحاكم لم يرجع على صاحب السفل بشيء ثم ينظر فيه
فإن كان قد بناها بآلتها كانت الحيطان لصاحب السفل لأن الآلة كلها له وليس لصاحب
العلو منعه من الانتفاع بها ولا يملك نقضها لأنها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من
الغرفة وإن بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها ولا أن
يتد فيها وتداً أو يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو ولكن له أن يسكن في قرار السفل لأن

١٣٠

له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لأنه لا حق لغيره فيها فإن بذل صاحب السفل
القيمة ليترك نقضها لم يلزمه قبولها لأنه لا يلزمه بناؤها ابتداءً فلا يلزمه تبقيتها ببذل
العوض. والله أعلم.

كتاب الحوالة

تجوز الحوالة بالدين لما روى
أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي
فليتبع **فصل** ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه كعوض القرض وبدل المتلف فأما ما لا يجوز بيعه
كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به لأن الحوالة بيع في الحقيقة لأن المحال يبيع ما له في ذمة
المحيل بما له في ذمة المحال عليه والمحيل يبيع ما له في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه
فصل واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز الحوالة به فمنهم من قال لا تجوز إلا بما له مثل كالأثمان
والحبوب وما أشبهها لأن القصد بالحوالة إيصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ولا
يمكن ذلك إلا فيما له مثل فوجب أن لا تجوز فيما سواه ومنهم من قال تجوز بكل ما يثبت في الذمة بعقد
السلم كالثياب والحيوان لأنه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض فجازت الحوالة به كذوات
الأمثال **فصل** ولا تجوز إلا بمال معلوم لأنا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول واختلف أصحابنا في إبل الدية
فمنهم من قال لا تجوز وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره ومنهم من قال تجوز لأنه معلوم
العدد والسن فجازت الحوالة به **فصل** ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول
والتأجيل فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لأن الحوالة إرفاق كالقرض فلو جوزنا مع الاختلاف
صار المطلوب منه طلب الفضل فتخرج عن موضوعها فإن كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما
خمسمائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة فأحال عليهما رجلاً له عليه ألف على أن يطالب
بها من شاء منهما ففيه وجهان أحدهما يصح وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمه الله لأنه
لا يأخذ إلا قدر حقه والثاني لا يصح وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله لأنه
يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة وذلك لا يجوز ولأن الحوالة بيع وإذا خيرناه بين الرجلين صار كأنه قال
بعتك أحد هذين العبدين **فصل** ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين لأنا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة
بما في الذمة فإذا أحال على من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم يصح ومن أصحابنا من قال يصح إذا رضي
المحال عليه لأنه تحمل دين يصح أداؤه عليه فصح وإن لم يكن عليه كالضمان فعلى هذا يطالب المحيل

بغرم وان لم يطالبه قطعا وان لم يطالب ويكون الفرق انه قد فعل ما برأ به ذمة صاحبه لكان قياسا

بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه فان قضاه باذنه رجع على المحيل وان قضاه
بغير اذنه لم يرجع فصل ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال لانه نقل حق من ذمة الى ذمة
فلم يجز من غير رضا صاحب الحق كما لو اراد ان يعطيه بالدين عينا وهل تصح من غير رضا المحال
عليه ينظر فيه فان كان على من لا حق له عليه وقلنا انه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم يجز الا برضاه
وان كان على من له عليه حق ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري واختيار
المزني انه لا يجوز الا برضاه لانه احد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال والثاني وهو
المذهب انه يجوز لانه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضا من عليه كالتوكيل في قبضه ويخالف المحتال ١٢١
فان الحق له فلا ينتقل بغير رضاه كالبائع وها هنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع
فصل اذا احال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل لان الحوالة اما ان تكون تحويل
حق او بيع حق وايهما كان وجب ان تبرأ به ذمة المحيل فصل ولا يجوز شرط الخيار فيه لانه
لم يبن على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط وفي خيار المجلس وجهان احدهما يثبت لانه بيع فيثبت فيه
خيار المجلس كالصلح والثاني لا يثبت لانه يجري مجرى الابراء ولهذا لا يجوز بلفظ البيع فلم يثبت
فيه خيار المجلس فصل وان احاله على مليء فافلس او جحد الحق وحلف عليه لم يرجع على
المحيل لانه انتقل حقه الى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع كما لو اخذ بالدين سلعة ثم تلفت
بعد القبض وان احاله على رجل بشرط انه مليء فبان انه معسر فقد ذكر المزني انه لا خيار له
وانكر ابو العباس هذا وقال له الخيار لانه غره بالشرط فثبت له الخيار كما لو باعه عبدا
بشرط انه كاتب فبان انه ليس بكاتب وقال عامة اصحابنا لا خيار له لان الاعسار نقص ولو ثبت به الخيار
لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع ويخالف الكتابة فان عدم الكتابة ليس بنقص وانما هو عدم
فضيلة فاختلف الامر فيه بين ان يشترط وبين ان لا يشترط فصل وان اشترى رجل من رجل
شيئا بالف واحال المشتري البائع على رجل بالالف ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقد اختلف اصحابنا
فيه فقال ابو علي الطبري لا تبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشتري على البائع
بالثمن لانه تصرف في احد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبدا بثوب وقبضه وباعه
ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده وقال ابو اسحق تبطل الحوالة وهو الذي ذكره المزني في المختصر

فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه لان الحوالة وقعت بالثمن واذا فسخ البيع خرج المحال به عن ان
يكون ثمنا واذا خرج عن ان يكون ثمنا ولم يتعلق بحق غيرهما وجب ان تبطل الحوالة
ويخالف هذا اذا اشترى عبدا وقبضه وباعه لان العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو
المشتري الثاني فلم يمكن ابطاله والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب ابطالها
وان احال الزوج زوجته بالمهر على رجل ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففي الحوالة وجهان بناء على
المسألة قبلها وان احال البائع رجلا على المشتري بالالف ثم رد المشتري المبيع بالعيب لم تبطل
الحوالة وجها واحدا لانه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الاجنبي المحتال فلم يجز ابطالها
فصل وان احال البائع على المشتري رجلا بالف ثم اتفقا على ان العبد كان حرا فان كذبهما
المحتال لم تبطل الحوالة كما لو اشترى عبدا وباعه ثم اتفق البائع والمشتري انه كان حرا
وان اقاما على ذلك بينة لم تسمع لانهما كذبا البينة بدخولهما في البيع وان صدقهما المحتال
بطلت الحوالة لانه تثبت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة فصل اذا احال رجل رجلا ١٢٢
له عليه دين على رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك وقال المحتال بل احلتني
نظرت فان اختلفا في اللفظ فقال المحيل وكلتك بلفظ الوكالة وقال المحتال بل احلتني بلفظ
الحوالة فالقول قول المحيل لانهما اختلفا في لفظه فكان القول فيه قوله وان اتفقا على لفظ
الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك بلفظ الحوالة وقال المحتال بل احلتني ففيه وجهان قال
ابو العباس القول قول المحتال لان اللفظ يشهد له ومن اصحابنا من قال القول قول المحيل وهو
قول المزني لانه يدعي بقاء الحق في الذمة والمحتال يدعي انتقال الحق من الذمة والاصل بقاء الحق
في الذمة فان قلنا بقول ابي العباس وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبرئ المحيل وثبت له مطالبة
المحال عليه وان قلنا بقول المزني حلف المحيل ثبتت الوكالة فان لم يقبض المال انعزل عن الوكالة
بانكاره وان كان قد قبض المال اخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه فيه وجهان احدهما
لا يرجع لانه اقر ببراءة ذمته من دينه والثاني له ان يرجع لانه يقول ان كنت محتالا فقد استرجع
مني ما اخذته بحكم الحوالة وان كنت وكيلا فحقي باق في ذمتك فيجب ان تعطيني وان هلك
في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه لانه يقر بان ماله تلف في يد وكيله من غير تفريط ولا عدوان

ولم يكن للمحتال ان يطالب المحيل بحقه لانه تعذر بانه استوفى حقه وتلف عنده
وان قال المحيل احلتك وقال المحتال بل وكلتني فقد قال ابو العباس رحمه الله القول
قول المحيل لان اللفظ يشهد له وقال المزني رحمه الله القول قول المحتال لانه يدعي بقاء دينه
في ذمة المحيل والاصل بقاؤه في ذمته فان قلنا بقول ابي العباس فحلف المحيل برئ من دين المحتال
وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين لانه ان كان محتالا فله مطالبته بمال الحوالة وان
كان وكيلا فله المطالبة بحكم الوكالة فاذا قبض المال صرفه اليه لان المحيل يقول هو له بحكم
الحوالة والمحتال يقول هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني اليه وان قلنا بقول المزني وحلف
المحتال ثبت انه وكيل فان لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله في ذمته وهل يرجع المحيل
على المحال عليه بشيء فيه وجهان احدهما لا يرجع لانه مقر بان المال صار للمحتال والثاني
يرجع لانه ان كان وكيلا فدينه ثابت في ذمة المحال عليه وان كان محتالا فقد قبض المحتال المال
منه ظلما وهو مقر بان ما في ذمة المحال عليه للمحتال فكان له قبضه عوضا عما اخذه منه
ظلما فان كان قد قبض المال فان كان باقيا صرفه اليه لانه ان قبضه بحوالة فهو له وان قبضه بوكالة
فله ان ياخذه عما له في ذمة المحيل وان كان قد تلف فان تلف بتفريط لزمه ضمانه وثبت للمحيل
عليه مثل ما ثبت له في ذمته فيتقاصا وان تلف من غير تفريط لم يلزمه الضمان لانه وكيل
ويرجع على المحيل بدينه ويبرأ المحال عليه لانه ان كان محتالا فقد قبض حقه وان كان وكيلا
فقد دفع اليه

كتاب الضمان

يصح ضمان الدين عن الميت لما روى ابو قتادة قال اقبل بجنازة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال هل على صاحبكم من دين قالوا عليه ديناران قال صلى الله عليه وسلم صلوا على
صاحبكم فقال ابو قتادة هما علي يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
ويصح عن الحي لانه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت فصل ويصح ذلك من كل جائز التصرف
في ماله فاما من يحجر عليه بصغر او جنون او سفه فلا يصح ضمانه لانه ايجاب مال بعقد فلم
يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه لانه ايجاب مال في
العقد فصح من المفلس كالشرا بثمن في الذمة واما العبد فانه ان ضمن بغير اذن المولى ففيه وجهان

قال ابو اسحق يصح ضمانه ويتبع به اذا عتق لانه لا ضرر فيه على المولى لانه يطالبه
بعد العتق فصح منه كالاقرار باتلاف ماله وقال ابو سعيد الاصطخري لا يصح لانه
عقد يتضمن ايجاب مال فلم يصح منه بغير اذن مولاه كالنكاح فان ضمن باذن مولاه
صح ضمانه لان الحجر لحقه فزال باذنه ومن اين يقضي ينظر فيه فان قال له المولى اقضه من كسبك
قضاه منه وان قال اقضه مما في يدك للتجارة قضاه منه لان المال له وقد اذن فيه وان لم يذكر
القضاء ففيه وجهان احدهما يتبع به اذا عتق لانه اذن في الضمان دون الاداء والثاني يقضي من
كسبه ان كان له كسب او مما في يده ان كان ماذونا له في التجارة لان الضمان يقتضي الغرم كما يقتضي النكاح
المهر ثم اذا اذن في النكاح وجب قضاء المهر مما في يده فكذلك اذا اذن له في الضمان
وجب قضاء الغرم مما في يده فان كان على الماذون له دين وقلنا ان دين الضمان يقضيه مما في يده
فهل يشارك فيه الغرماء فيه وجهان احدهما يشاركهم لان المال للمولى وقد اذن في القضاء منه
اما بصريح الاذن او من جهة الحكم فوجب المشاركة به والثاني انه لا يشاركهم لان المال تعلق به
حق الغرماء فلا يشاركهم مال الضمان كالرهن واما المكاتب فانه ان ضمن بغير اذن المولى فهو كالعبد
القن وان ضمن باذنه فهو تبرع وفي تبرعات المكاتب باذن المولى قولان نذكرهما في المكاتب ان شاء الله
فصل ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لانه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه جاز ضمان ما
عليه من غير رضاه واختلف اصحابنا في رضا المضمون له فقال ابو علي الطبري رحمه الله يعتبر رضاه
لانه اثبات مال في الذمة بعقد لازم فشرط فيه رضاه كالثمن في البيع وقال ابو العباس رحمه الله
لا يعتبر لان ابا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم
رضا المضمون له فصل وهل يفتقر الى معرفة المضمون له والمضمون عنه فيه ثلاثة اوجه
احدها انه يفتقر الى معرفة المضمون عنه ليعلم انه هل هو ممن يسدي اليه الجميل ويفتقر
الى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته ام لا يصلح كما يفتقر الى معرفة ما يضمنه من المال
ليعلم هل يقدر عليه ام لا يقدر عليه والثاني انه يفتقر الى معرفة المضمون له لمعاملته معه
ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه والثالث انه لا يفتقر الى معرفة
واحد منهما لان ابا قتادة ضمن عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له

١٢٥

والمضمون عنه. فصل: وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن لأن
الغرض يختلف باختلاف من يضمن كما يختلف باختلاف ما يرهن من المرهون، وإن شرط أن يضمنه
ثقة لم يجز حتى يعين لأن الثقات يتفاوتون، فإن لم يضمن له من شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار
لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط فثبت له الخيار كما لو شرط رهنا ولم يرهن
له ما رهن. وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين لأن الأغراض لا تختلف باختلاف
الشهود، فإن عين له شاهدين فهل يجوز أن يبدلهما بغيرهما؟ فيه وجهان: أحدهما لا يجوز كما لا يجوز في الضمان
والثاني يجوز لأن الغرض لا يختلف. فصل: ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والأجرة وعوض القرض
ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن
وأما ما لا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه
ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ودين الكتابة لا يمكن توثيقه لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى
لضمانه. وفي مال الجعالة والثمن في بيع الخيار ثلاثة أوجه: أحدها لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم
فلم يصح ضمانه كدين الكتابة، والثاني يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه، والثالث يصح ضمان
الثمن في مدة الخيار ولا يصح مال الجعالة لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم
بحال. فأما المال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان: أحدهما أنه كالإجارة فيصح ضمانه، والثاني
أنه كالجعالة فيكون في ضمانه وجهان. فصل: ولا يجوز ضمان المجهول لأنه إثبات مال في الذمة
لعقد من الآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع، وفي إبل الدية وجهان: أحدهما لا يجوز ضمانه
لأنه مجهول اللون والصفة، والثاني أنه يجوز لأنه معلوم السن والعدد ويرجع في اللون والصفة إلى
عرف البلد. فصل: ولا يصح ضمان ما لم يجب وهو أن يقول ما تداين فلانا فأنا ضامن له
لأنه وثيقة بحق فلا يسبق الحق كالشهادة. فصل: ولا يجوز تعليقه على شرط لأنه إيجاب مال
لآدمي بعقد فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع. وإن قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه صح
فإذا ألقاه وجب ما ضمنه لأنه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح فأشبه إذا قال طلق
امرأتك أو أعتق عبدك على ألف. وإن قال بع عبدك من زيد بخمسمائة ولك علي خمسمائة أخرى
فباعه ففيه وجهان: أحدهما يصح البيع ويستحق ما بذله لأنه مال بذله في مقابلة إزالة الملك

١٢٦

فأشبه إذا قال طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف، والثاني لا يصح لأنه بذل مال لغرض
غير صحيح فلم يجز، ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح
وهو تخليص المرأة من الزوج والعبد من الرق. فصل: ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل
لأنه رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه. وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالا؟ فيه وجهان:
أحدهما يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلا، والثاني لا يجوز لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه
فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والأصل مؤجلا. فصل: ولا يثبت في الضمان خيار لأن الخيار يراد
للغبن وطلب الحظ والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون وأنه لا حظ له في العقد ولهذا
يقال الكفالة أولها ندامة وأوسطها ملامة وآخرها غرامة. فصل: ويبطل بالشروط
الفاسدة لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشرط الفاسد كالبيع، وإن شرط ضمانا فاسدا
في عقد بيع فهل يبطل البيع فيه قولان كالقولين في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع وقد بينا
وجه القولين في الرهن. فصل: ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه
والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال توفي رجل منا فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه
فخطا خطوة ثم قال أعليه دين؟ قلنا ديناران، فتحملهما أبو قتادة، ثم قال بعد ذلك بيوم ما فعل
الديناران؟ قال إنما مات أمس، ثم أعاد عليه بالغد فقال قد قضيتهما، قال الآن بردت عليه جلده
ولأنه وثيقة بدين في الذمة فلا تسقط الدين عن الذمة كالرهن، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن
والمضمون عنه لأن الدين ثابت في ذمتهما فكان له مطالبتهما، فإن ضمن عن الضامن آخر جاز لأنه ضمان
دين ثابت فجاز كالضمان الأول، وإن ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لأن المضمون عنه أصل والضامن
فرع فلا يجوز أن يصير الأصل فرعا والفرع أصلا، ولأنه يضمن بالضمان ما في ذمته، ولأنه لا فائدة في
ضمانه وهو ثابت في ذمته. فصل: وإن ضمن عن رجل دينا بغير إذنه لم تجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه
لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وإن ضمن بإذنه نظرت فإن طالبه صاحب الحق جاز له
مطالبته بتخليصه لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه إذا طولب، وإن لم يطالبه
ففيه وجهان: أحدهما أن له أن يطالبه لأنه يشغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته كما
لو أعاره عبدا ليرهنه فرهنه، والثاني ليس له وهو الصحيح لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه

ص من الحلية والتهذيب وتصحيح القولين والعزيز والمحرر وبه أجاب في معظم

فله أن يطالب والحالف إذا أعاره عيناً ليرهنها فرهنها لم يكن عليه ضرر في حبس العين
والمنع من التصرف فيها ولا ضرر عليه في دين في ذمته لا يطالب به فإن دفع المضمون
عنه مالاً إلى الضامن وقال خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان أحدهما أنه
يملكه لأن الرجوع يتعلق بسببين الضمان والغرم وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر
127 كإخراج الزكاة قبل الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث فإن قضى عنه الدين استقر ملكه
على ما قبض وإن أبرئ من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا
هلك النصاب قبل الحول والثاني لا يملك لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه كما لو دفع
إليه شيئاً عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه
البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع فصل وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه
برئ الضامن لأنه وثيقة بحق فانحلت بقبض الحق كالرهن وإن قبضه من الضامن برئ المضمون
عنه لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن
وإن أبرأ المضمون عنه برئ الضامن لأن الضامن وثيقة بالدين فإذا أبرئ من عليه الدين انحلت
الوثيقة كما ينحل الرهن إذا أبرئ الراهن من الدين وإن أبرأ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراءه
إسقاط وثيقة من غير قبض فلم يبرأ من عليه الدين كفسخ الرهن فصل وإن قضى الضامن
الدين نظرت فإن ضمن بإذن المضمون عنه وقضى بإذنه رجع عليه لأنه أذن له في الضمان
والقضاء وإن ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع وإن
ضمن بغير إذنه وقضى بإذنه ففيه وجهان من أصحابنا من قال يرجع لأنه قضى بإذنه والثاني لا
يرجع وهو المذهب لأنه لزمه بغير إذنه فلم يؤثر إذنه في قضائه وإن ضمن بإذنه وقضى
بغير إذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأنه اشتغلت ذمته
بالدين بإذنه فإذا استوفى منه رجع كما لو أعاره مالاً فرهنه في دينه وبيع في الدين وقال
أبو إسحاق رحمه الله إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قضاه باختياره وإن لم يمكنه رجع
لأنه قضاه بغير اختياره وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمته
المضمون عنه لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً وإن أحاله على رجل لا

أمان يطالبني لحقك لتأخذه أو تبرئني من لفظ

عليه وقبل المحال عليه وقلنا يصح برئ الضامن لأن الحوالة تحول ما ضمن ولا يرجع على المضمون عنه
لأنه لم يغرم فإن قبضه منه ثم وهبه له فهل يرجع على الضامن فيه وجهان بناء على القولين في
المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول فصل وإن دفع الضامن إلى المضمون له
128 ثوباً عن الدين في موضع يثبت له الرجوع رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين فإن كان قيمة
الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه لم يغرم وإن كان قيمة الثوب
عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به وإن كان الدين
الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل فصل ويصح
ضمان الدرك على المنصوص وخرج أبو العباس فيه قولاً آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما لم يستحق من المبيع
وذلك مجهول والصحيح أنه يصح قولاً واحداً لأن الحاجة داعية إليه لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن
يستحق المبيع ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً ولا يمكنه أن
يستوثق بالشهادة لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة فلم يبق ما يستوثق به غير
الضمان ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً فعفي عن الجهالة فيه كما عفي عن الحمل
وأساس الحيطان وفارق ضمان المجهول لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه وفي وقته
وجهان أحدهما لا يصح حتى يقبض البائع الثمن لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء وضمان ما لم يجب
لا يصح والثاني يصح قبل قبض الثمن لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع فجاز قبل
قبض الثمن وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقاً فإن قلنا إن البيع يصح في
الباقي رجع بثمن ما استحق وإن قلنا يبطل البيع رجع على الضامن بثمن ما استحق وهل يرجع بثمن الباقي
فيه وجهان أحدهما يرجع عليه لأنه بطل البيع فيه بسبب الاستحقاق فضمن كالمستحق والثاني لا يرجع
لأنه لم يضمن إلا ما يستحق ولم يضمن ما سواه فإن ضمن الدرك ثم وجد بالمبيع عيباً فرده فهل يرجع
على الضامن بالثمن فيه وجهان أحدهما لا يرجع وهو قول المزني وأبي العباس لأنه زال ملكه عنه
بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن كما لو كان شقصاً فأخذه الشفيع والثاني يرجع لأنه رجع
إليه الثمن بمعنى قارن العقد فثبت له الرجوع على الضامن كما لو خرج مستحقاً وإن حدث له
العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب على ما ذكرناه من الوجهين فصل ويجوز

الكفالة بالوجه ونزل الشاهد ... والتعليق ... على الوجه

كفالة البدن على المنصوص في الكتب وقال في الدعوى والبينات الكفالة بالبدن ضعيفة
فمن أصحابنا من قال تصح قولاً واحداً وقوله ضعيفة أراد من جهة القياس ومن أصحابنا
من قال فيه قولان أحدهما لا يصح لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة
بعينها والثاني يصح وهو الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال صليت مع ١٢٩
عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال أما بعد فوالله لقد
بت البارحة وما أجد في نفسي على أحد إحنة وإني كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة
وكان أمرني أن آتيه بغلس فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة مسجد عبد الله بن النواحة فسمعت
مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمة رسول الله فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى
سمعت أهل المسجد قد تواطؤوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود علي بعبد الله بن
النواحة فحضر واعترف فقال له عبد الله أين ما كنت تقرأ من القرآن قال كنت أتقيكم به فقال له تب
فأبى فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم
في بقية القوم فقال عدي بن حاتم ثؤلول كفر قد طلع رأسه فاحسمه وقال جرير بن عبد الله
والأشعث بن قيس استتبهم فإن تابوا فكفلهم عشائرهم فاستتابهم فتابوا وكفلهم
عشائرهم ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين فإن قلنا تصح جازت
الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لأنه حق لازم لآدمي فصحت الكفالة
به كالدين وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به لأن الكفالة للاستيثاق
وحقوق الله تعالى مبنية على الدرء والإسقاط فلم يجز الاستيثاق بمن عليه وإن كان عليه قصاص
أو حد قذف ففيه وجهان أحدهما لا يصح لأنه لا يصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة بمن
عليه حد لله تعالى والثاني يصح لأنه حق لآدمي فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين ومن عليه
دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة ببدنه لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة
فصل وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان قال أبو العباس لا يصح الكفالة ببدنه لأنه قد يموت
المكفول به فيلزمه الدين فإذا كان مجهولاً لم يمكن مطالبته به والثاني أنه يصح وهو المذهب لأن الكفالة
بالبدن لا تتعلق بما عليه من الدين فصل وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضامن

فصل وتجوز الكفالة حالاً ومؤجلاً كما يجوز ضمان الدين حالاً ومؤجلاً وهل يجوز
إلى أجل مجهول فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه تبرع من غير عوض فجاز في المجهول كإباحة
الطعام والثاني لا يجوز لأنه إثبات حق في الذمة لآدمي فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع
ويخالف الإباحة فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز ولو تكفل ببدن أحد الرجلين
لم يجز فصل وتجوز الكفالة به ليسلم في مكان معين ويجوز مطلقاً فإن أطلق وجب التسليم ١٤٠
في موضع العقد كما يجوز السلم حالاً ومؤجلاً وإذا أطلق وجب التسليم في محل العقد
فصل ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر
على تسليمه ومن أصحابنا من قال تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين فصل
وإن تكفل بعضو منه ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يصح لأن في تسليمه تسليم جميعه والثاني
لا يصح لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح ولا يسري إلى الباقي ولا يمكن لأنه لا سراية له فبطل والثالث
إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم
البدن وإن كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه
فصل وإن أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم فإن كان عليه
في قبوله ضرر أو له في رده غرض لم يلزمه قبوله وإن لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض
وجب قبوله فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا في دين السلم
وإن أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل
ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم
لأن حبس الحاكم ليس بحائل ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق فإن حضر المكفول به
بنفسه وسلم نفسه برئ الكفيل كما يبرأ الضامن إذا أدى المضمون عنه الدين وإن
غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره لم يطالب به وإن غاب إلى موضع يعلم خبره
لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلا
بإمكان التسليم فإن مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره وإن أبرأه
المكفول له من الكفالة برئ كما يبرأ الضامن إذا أبرأه المضمون له فإن تكفل رجل وقال أبرئ الكفيل

وأما كفيل من تكفل به ففيه وجهان قال أبو العباس يصح لأنه نقل الضمان إلى الثقة
فصار كما لو ضمن رجل مالا ثم أحال الضامن المضمون له على آخر وقال الشيخ أبو حامد
والقاضي أبو الطيب الطبري رحمهما الله لا يصح لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل وذلك شرط
ما يسد شرع صحة العقد وإن تكفل ببدن رجل لغريمين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر ١٤١
لأنه ضمن لمستحقين فلم يبرأ بأحدهما كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما وإن تكفل اثنان
لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما فقد قال شيخنا القاضي أبو الطيب رحمه الله أنه لا يبرأ
الآخر لأنه لو أبرأ أحدهما لم يبرأ الآخر فإذا سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر وقال الشيخ الإمام
قدس الله روحه وعندي أنه يبرأ لأن المستحق إحضاره وقد حصل فبرئا كما لو ضمن رجلان دينا
فأداه أحدهما ويخالف الإبراء لأن الإبراء يخالف الأداء والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرأ أحد
الضامنين لم يبرأ الآخر ولو أدى أحد الضامنين برئا فصل وإن تكفل ببدن رجل
فمات المكفول به برئ الكفيل وقال أبو العباس رحمه الله يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه
وثيقة فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفى الدين منها كالرهن والمذهب الأول لأنه
لم يضمن الدين فلا يلزمه فصل وإن تكفل بعين مغصوبة فإن كانت أمانة كالوديعة
لم يصح لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى وإن كانت عينا
مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان بناء على القولين في كفالة
البدن فإن قلنا إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما يجب عليه
ضمانها والثاني لا يجب وقال الشيخ أبو حامد لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن فإن البدن
لو تلف لم يضمن بدله ولو هلكت العين ضمنها فصل وإن ضمن عنه دينا ثم اختلفا فقال
الضامن ضمنت وأنا صبي وقال المضمون له ضمنت وأنت بالغ فالقول قول الضامن لأن الأصل عدم
البلوغ وإن قال ضمنت وأنا مجنون وقال بل ضمنت وأنت عاقل فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول
قول المضمون له لأن الأصل العقل وصحة الضمان وإن عرف له حال جنون فالقول قول الضامن
لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حال الإفاقة ويحتمل أن يكون في حال الجنون والأصل عدم
الضمان وبراءة الذمة وإن ضمن عن رجل شيئا وأتى بالمال ثم ادعى أنه ضمن بإذنه وأدى بإذنه

ثامنة

ليرجع وأنكر المضمون عنه الإذن لم يرجع عليه لأن الأصل عدم الإذن وإن تكفل ببدن
رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لأن الكفيل قد أقر بالكفالة
والكفالة لا تكون إلا بمن عليه حق وكان القول قول المكفول له فإن طلب الكفيل يمين
المكفول له على ذلك ففيه وجهان أحدهما يحلف لأن ما يدعيه الكفيل ممكن فحلف عليه
١٤٢ الخصم والثاني لا يحلف لأن إقراره بالكفالة يقتضي ثبوت الحق فما يدعيه يكذب إقراره فلم
يحلف الخصم وإن ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه وأقر له المضمون له وأنكر المضمون
عنه ففيه وجهان أحدهما أن القول قول المضمون عنه لأن الضامن يدعي القضاء ليرجع فلم يقبل قوله
والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته فسقط قولهما ويحلف
المضمون عنه والثاني أن القول قول الضامن لأن قبض المضمون له يثبت بالإقرار مرة وبالبينة أخرى
ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن فكذلك إذا ثبت بالإقرار

كتاب الشركة

تصح عقد الشركة على التجارة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قال
الله عز وجل أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان خرجت من بينهما ولا تصح
الشركة إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح إلا من جائز التصرف
في المال فصل ويكره أن يشارك المسلم الكافر لما روى أبو حمزة عن ابن عباس رضي الله عنه قال لا تشاركن
يهوديا ولا نصرانيا ولا مجوسيا قلت لم قال لأنهم يربون والربا لا يحل فصل وتصح الشركة
على الدراهم والدنانير لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها
من الأرباح ولأنها أثمان الأشياء وقيم المتلفات فأما ما سواهما من العروض فضربان ضرب
لا مثل له وضرب له مثل فما لا مثل له كالحيوان والثياب فلا يجوز عقد الشركة عليها
لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر فإن جعلنا ربح ما زادت قيمته لمالكه أفردنا أحدهما بالربح
والشركة معقودة على الاشتراك في الربح وإن جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح
مال الآخر وهذا لا يجوز وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان أحدهما لا يجوز
عقد الشركة عليه وعليه نص في البويطي لأنه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب
والحيوان والثاني يجوز وهو قول أبي إسحاق رحمه الله لأنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان فإن لم يكن

لانهما غير العروض واذا اراد الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الاخر
فيصير الجميع مشتركا بينهما ويشتركان بعد ذلك **فصل** ولا يصح من الشركة الا شركة
العنان ولا يصح ذلك الا ان يكون مال احدهما من جنس مال الاخر وعلى صفته فان كان مال
احدهما دنانير ومال الاخر دراهم او مال احدهما صحاحا ومال الاخر قراضة او مال احدهما
سكة ومال الاخر من سكة اخرى لم تصح الشركة لانهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة
عليهما كالعروض فان كان مال احدهما عشرة دنانير ومال الاخر مائة درهم وابتاعا بهما
شيئا وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين وان كان نقد البلد احدهما قوم به الاخر ١٤٧
فان استوت قيمتاهما استويا في الربح وان اختلفت قيمتاهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما
فصل ولا تصح حتى يختلط المالان لانه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال ولانا
لو صححنا الشركة قبل الاختلاط وقلنا ان من ربح شيئا من ماله انفرد بالربح انفرد احدهما
بالربح وذلك لا يجوز وان قلنا يشاركه الاخر اخذ احدهما ربح مال الاخر وهذا لا يجوز وهل
تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر فيه وجهان احدهما لا تصح وهو قول ابي القسم
الانماطي رحمه الله لان الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز ان يتساويا في المال ويتفاضلا
في الربح وكذلك لا يجوز ان يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح واذا اختلف مالهما في القدر
تساويا في العمل وتفاضلا في الربح فوجب ان لا يجوز والثاني انها تصح وهو قول عامة
اصحابنا وهو الصحيح لان المقصود بالشركة ان يشتركا في ربح مالهما وذلك يحصل مع
تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما وما قال الانماطي من قياس العمل على المال لا يصح
لان الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل والدليل عليه انه لا يجوز ان ينفرد احدهما بالمال ويشتركا
في الربح فلم يجز ان يتساويا في المال ويختلفا في الربح وليس كذلك العمل فانه يجوز ان ينفرد
احدهما بالعمل ويشتركا في الربح فجاز ان يتساويا في العمل ويختلفا في الربح **فصل** ولا يجوز
لاحد الشريكين ان يتصرف في نصيب شريكه الا باذنه فان اذن كل واحد منهما لصاحبه
في التصرف تصرفا وان اذن احدهما ولم ياذن الاخر تصرف الماذون له في الجميع ولا يتصرف
الاخر الا في نصيبه ولا يجوز لاحدهما ان يتجر في نصيب شريكه الا في الصنف الذي اذن فيه

١٤٦
الشريك وان لا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل ولا بغير نقد البلد الا باذنه لان
شريكه ليس كل واحد منهما وكيل للاخر في نصفه فلا يملك الا ما يملك الوكيل
فصل ويقسم الربح والخسران على قدر المالين لان الربح نماء مالهما والخسران نقصان
مالهما فكان على قدر المالين فان شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين
او التساوي في الربح او الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد لانه شرط ينافي مقتضى الشركة
فلم يصح كما لو شرط ان يكون الربح لاحدهما فان تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف لان
الشرط لا يسقط الاذن ويقسم الربح على قدر المالين ويرجع كل
واحد منهما باجرة عمله في نصيب شريكه لانه انما عمل ليسلم له ما شرط فاذا لم يسلم رجع
باجرة عمله **فصل** واما شركة الابدان وهي الشركة على ما يكتسبان بابدانهما فهي باطلة لما
روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو
باطل وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى فوجب ان يكون باطلا ولان عمل كل واحد منهما ملك
له يختص به فلم يجز ان يشاركه الاخر في بدله فان عملا وكسبا اخذ كل واحد منهما
اجرة عمله لانها بدل عمله فاختص بها **فصل** واما شركة المفاوضة وهو ان يعقدا الشركة
على ما يكتسبان بالمال والبدن وان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الاخر بغصب او بيع او ضمان
فهي شركة باطلة لحديث عائشة رضي الله عنها ولانها شركة معقودة على ان يشارك كل
واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم يصح كما لو عقد الشركة على ما يملكان بالارث
والهبة ولانها شركة معقودة على ان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الاخر بعدوانه فلم يصح
كما لو عقدا الشركة على ان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الاخر بالجناية فان عقدا الشركة
على ذلك واكتسبا وضمنا اخذ كل واحد منهما ربح ماله واجرة عمله وضمن كل واحد منهما
ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه لان الشرط قد سقط وبقي الربح والضمان على ما كان قبل
الشرط ويرجع كل واحد منهما باجرة عمله في نصيب شريكه لانه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له
ولم يسلم فرجع باجرة عمله **فصل** واما شركة الوجوه وهو ان يعقدا الشركة على ان يشارك
كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه فهي شركة باطلة لان ما يشتريه كل واحد منهما

مُلكٌ له بتصرّفه ولا يجوز أن يشارك غيره في ربحه وإن وكّل كلّ واحد منهما صاحبه في
شراء شيء بينهما فاشترى كلّ واحد منهما ما أذن فيه شريكه ونوى أن يشتريه بينه وبين
شريكه دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه فإذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما فصل
وإن أخذ رجل من رجل جملاً ومن آخر راوية على أن يستقي الماء ويكون الكسب بينهم فقال
في موضع يجوز وقال في موضع لا يجوز فمن أصحابنا من قال إن كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب
له ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة مثل الجمل والراوية لأنه استوفى منفعتهما
بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل وإن كان الماء مباحاً فالكسب بينهم أثلاثاً لأنه
استقاه على أن يكون بينهم فكان الكسب بينهم كما لو وكّلاه في شراء ثوب بينهم فاشتراه
على أن يكون بينهم وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كان الماء مملوكاً للسقاء
كان الكسب له ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان أحدهما
أنه بينهم أثلاثاً لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم
والثاني أن الكسب للسقاء لأنه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة ويرجعان
عليه بأجرة المثل لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ليسلم لهما الكسب ولم يسلم فثبت
لهما أجرة المثل فصل والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه فإن هلك المال في يده
من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف فكان الهالك في يده كالهالك
في يده فإن ادعى الهلاك فإن كان بسبب ظاهر لم يقبل حتى يقيم البينة عليه فإذا أقام البينة
على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه وإن كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع
لأنه يتعذر إقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه وإن ادعى عليه الشريك
جناية وأنكر فالقول قوله لأن الأصل عدم الجناية وإن كان في يده عين وادعى شريكه أن
ذلك من مال الشركة وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه
فإن اشترى شيئاً فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة وادعى هو أنه اشتراه
لنفسه أو اشترى شيئاً فيه خسارة وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه وادعى هو أنه
اشتراه للشركة فالقول قوله لأنه أعرف بعقده ونيته فصل فإن كان بينهما عبد

فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه بألف ثم أقرّ الشريك الذي لم يبع أن البائع قبض الألف من المشتري
أو ادعى المشتري ذلك وأنكر البائع فإن المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبع لأنه أقرّ أنه
سلّم حصته من الثمن إلى شريكه بإذنه وتبقى الخصومة بين البائع والمشتري وبين الشريكين
فإن تحاكم البائع والمشتري فإن كان للمشتري بينة بتسليم الثمن قضي له وإن لم يكن له من يشهد
غير الشريك الذي لم يبع فإن شهادته مردودة في قبض حصته لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً
وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته وهل ترد في حصة البائع فيه قولان فإن قلنا
تقبل حلف معه المشتري وبرئ وإن قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلاً فالقول قول البائع مع يمينه
أنه لم يقبض فإن حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذي لم يبع أن يأخذ مما أخذ
البائع شيئاً لأنه أقرّ أنه قد أخذ الحق مرة وإنما أخذه الآن أخذه ظلماً فلا يجوز أن يأخذ منه
وإن نكل البائع حلف المشتري وبرئ وإن تحاكم الشريكان فإن كان للذي لم يبع بينة بأن
البائع قبض الثمن رجع عليه بحصته وإن لم يكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض وبرئ وإن
نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته وإن ادعى البائع أن الذي
لم يبع قبض الألف من المشتري وادعاه المشتري وأنكر الذي لم يبع نظرت فإن كان الذي لم يبع
مأذوناً له في القبض برئت ذمة المشتري من نصيب البائع لأنه أقرّ أنه سلّمه إلى شريكه بإذنه
وتبقى الخصومة بين الذي لم يبع وبين المشتري وبين الشريكين فيكون البائع ها هنا كالذي لم
يبع والذي لم يبع كالبائع في المسألة قبلها وقد بيناه وإن لم يكن واحد منهما مأذوناً له في
القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لأن الذي باع أقرّ بالتسليم إلى من لم يأذن له
والذي لم يبع أنكر القبض فإن تحاكم البائع والمشتري أخذ البائع منه حقه من غير يمين
لأنه سلّمه إلى شريكه بغير إذنه وإن تحاكم المشتري والذي لم يبع فإن كان للمشتري بينة
برئ من حقه وإن لم يكن له من يشهد غير البائع فإن كان عدلاً قبلت شهادته لأنه لا يجرّ
بهذه الشهادة إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً فإذا شهد حلف معه المشتري وبرئ
وإن لم يكن عدلاً فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه فإذا حلف أخذ منه حقه وإن كان
البائع مأذوناً له في القبض والذي لم يبع غير مأذون له وتحاكم البائع والمشتري قبض منه حقه

موصوف المزني واكثرهم خالفوه والى هذا ذهب ابو العباس وابو اسحق فرس لقطان
لم يكن للبائع ان يرجع على المشتري لانه يقول ان الذي بيع ظلمه بها ولا يرجع بها على غير ظالمه من لقطاه

من غير ثمن لانه سلمه الى شريكه من غير اذنه وهل للشريك الذي لم يبع مشاركته
فيما اخذ قال المزني له مشاركته وهو بالخيار بين ان ياخذ من المشتري خمسين لانه
ان ياخذ من المشتري مائتين وخمسين ومن الشريك مائتين وخمسين وقال ابو العباس
لا ياخذ منه شيئا لانه لما اقر ان الذي لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة في ١٤٧
القبض لانه لم يبق له ما يوكل في قبضه فلا ياخذ بعد العزل الا حق نفسه ولا يجوز للذي
لم يبع ان يشاركه فيه وان تحاكم المشتري والذي لم يبع فالقول قول الذي لم يبع مع
يمينه انه لم يقبض لان الاصل عدم القبض فان كان للمشتري بينة قضى له وبرئ وان
لم يكن له من يشهد الا البائع لم تقبل شهادته على قول المزني رحمه الله لانه يدفع بهذه
الشهادة عن نفسه ضررا وهو رجوع الشريك الذي لم يبع عليه بنصف ما في يده وعلى
قول ابي العباس تقبل شهادته قولا واحدا لانه لا يدفع بشهادته ضررا لانه لا رجوع له عليه
فصل ولكل واحد من الشريكين ان يعزل نفسه عن التصرف اذا شاء لانه وكيل وله ان
يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لانه وكيله فيملك عزله واذا انعزل احدهما لم ينعزل الاخر عن
التصرف لانهما وكيلان فلا ينعزل احدهما بعزل الاخر فان قال احدهما فسخت الشركة انعزلا جميعا
لان الفسخ يقتضي رفع العقد من الجانبين فانعزلا وان مات احدهما انفسخت الشركة لانه عقد
جائز فبطل بالموت كالوديعة وان جن احدهما او اغمي عليه او عليهما بطل لانه
بالجنون والاغماء خرج عن ان يكون من اهل التصرف ولهذا تثبت الولاية عليه في المال فبطل
العقد كالموت

كتاب الوكالة

تجوز الوكالة في عقد البيع لما روي عن عروة بن الجعد البارقي قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه
وسلم دينارا اشتري له شاة او اضحية فاشتريت شاتين فبعت احداهما بدينار واتيته بشاة
ودينار فدعا لي بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه ولان الحاجة تدعو الى الوكالة
في البيع لانه قد لا يكون له مال او لا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ اليه لكثرة اشغاله
فجاز ان يوكل غيره فيه ويجوز في سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة
والشركة والوكالة والوديعة والاعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض

والهبة والوقف والصدقة لان الحاجة الى التوكيل فيها كالحاجة الى التوكيل في البيع وفي تملك
المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش وجهان احدهما لا يصح التوكيل
فيها لانه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام والثاني يصح لانه يملك مالا بسبب لا يتعين ١٤٨
عليه فجاز ان يوكل فيه كالابتياع والاتهاب ويخالف الاغتنام لانه يستحق بالجهاد وقد تعين
عليه بالحضور فتعين له ما استحق به فصل ويجوز التوكيل في عقد النكاح لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
وكل عمرو بن امية الضمري في نكاح ام حبيبة ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق لان الحاجة تدعو
الى التوكيل فيه كما تدعو الى التوكيل في البيع والنكاح ولا يجوز التوكيل في الايلاء والظهار واللعان
لانها ايمان فلا تحتمل التوكيل وفي الرجعة وجهان احدهما لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الايلاء
والظهار والثاني انه يجوز وهو الصحيح لانه اصلاح للنكاح فاذا جاز في النكاح جاز في الرجعة
فصل ويجوز التوكيل في اثبات الاموال والخصومة فيها لما روي ان عليا كرم الله وجهه
وكل عقيلا عند ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي ووكل
عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان للخصومات قحما قال ابو زياد الكلابي القحم المهالك
ولان الحاجة تدعو الى التوكيل في الخصومات لانه قد يكون له حق او يدعى عليه حق ولا يحسن
الخصومة فيه او يكره ان يتولاها بنفسه فجاز ان يوكل فيه ويجوز من غير رضا الخصم لانه
توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضا من عليه كالتوكيل في قبض الديون ويجوز التوكيل في اثبات
القصاص وحد القذف لانه حق آدمي فجاز التوكيل في اثباته كالمال ولا يجوز التوكيل في اثبات حدود
الله تعالى لان الحق له وقد امرنا فيه بالدرء والتوصل الى اسقاطه وبالتوكيل يتوصل الى ايجابه
فلم يجز ويجوز التوكيل في استيفاء الاموال لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث العمال لقبض الصدقات
واخذ الجزية ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث انيسا لاقامة
الحد وقال يا انيس اغد على امراة هذا فان اعترفت فارجمها ووكل عثمان عليا عليهما السلام ليقيم
حد الشرب على الوليد بن عقبة واما القصاص وحد القذف فانه يجوز التوكيل في استيفائهما
بحضرة الموكل لان الحاجة تدعو الى التوكيل فيه لانه قد لا يكون له حد او قصاص ولا يحسن الاستيفاء

جاز أن يوكل فيه غيره وهل يجوز في غيبة الموكل قال في الوكالة لا يستوفى وقال في الجنايات
ولو وكل فتنحى به الوكيل فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ففي الضمان
قولان وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال يجوز قولا واحدا
وهو قول أبي إسحاق لأنه حق يجوز أن يستوفيه الوكيل بحضرة الموكل فجاز في غيبته كأخذ المال
وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب ومنهم من قال لا يجوز قولا واحدا لأن القصاص والحد يحتاط
في إسقاطهما والعفو مندوب إليه فيهما فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه وحمل قوله في
الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل ومنهم من قال
فيه قولان أحدهما يجوز والثاني لا يجوز ووجههما ما ذكرناه **فصل** ويجوز التوكيل في فسخ العقود
لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ففي فسخها أولى ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون لأنه إذا جاز التوكيل
في إثباتها واستيفائها جاز في الإبراء منها وفي التوكيل في الإقرار وجهان أحدهما يجوز وهو ظاهر
النص لأنه إثبات مال في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع والثاني لا يجوز وهو قول أبي العباس لأنه
توكيل في الإخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل في الشهادة بالحق فإذا قلنا لا يجوز فهل يكون توكيله
إقرارا فيه وجهان أحدهما أنه إقرار لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق إلا والحق واجب عليه والثاني أنه لا
يكون إقرارا كما لا يكون التوكيل في الإبراء إبراء **فصل** ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي
يوكل فيه بملك أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في
المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه فلا يملك
أن يملك ذلك غيره وأما من لا يملك التصرف إلا بالإذن كالوكيل والعبد المأذون فإنه لا يملك
التوكيل إلا بالإذن لأنه يملك التصرف بالإذن فكان توكيله بالإذن واختلف أصحابنا في غير الأب
والجد من العصبات هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة فمنهم من قال يملك لأنه يملك التزويج
بالولاية من جهة الشرع فملك التوكيل من غير إذن كالأب والجد ومنهم من قال لا يملك لأنه لا يملك
التزويج إلا بالإذن فلا يملك التوكيل إلا بالإذن كالوكيل والعبد المأذون **فصل** ومن لا يملك
التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح والصبي والمجنون في جميع العقود لم يملك أن يتوكل فيه

لغيره لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل ومن ملك التصرف
فيما تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره لأنه يملك في حق نفسه بحق الملك
فملك في حق غيره بالإذن واختلف أصحابنا في العبد هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح فمنهم من قال يجوز
لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل ومنهم من قال لا يجوز لأنه لا يملك
النكاح وإنما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه ولا حاجة إلى القبول لغيره فلم يجز واختلفوا في توكيل
المرأة في طلاق غيرها فمنهم من قال يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها ومنهم من قال لا يجوز لأنها لا تملك
الطلاق وإنما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة ولا حاجة إلى توكيلها في طلاق غيرها فلم يجز ويجوز
للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق فجاز أن يقبل لغيره وهل يجوز
أن يتوكل في الإيجاب فيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقا كالولي والثاني
يجوز لأنه ليس بولي وإنما هو مأمور من جهة الولي والولي عدل **فصل** ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول
لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة ويجوز القبول على
الفور وعلى التراخي وقال القاضي أبو حامد المروروذي لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد في حال الحياة
فكان القبول فيه على الفور كالبيع والمذهب الأول لأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع فيه فجاز القبول فيه على
الفور والتراخي ويجوز القبول بالفعل لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام
فصل ولا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم فإن قال وكلتك في كل قليل وكثير لم يصح لأنه يدخل فيه ما
يطيق وما لا يطيق فيعظم الضرر ويكثر الغرر فإن قال وكلتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديوني صح لأنه
يعرف ماله ودينه وإن قال بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف
أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر وإن قال اشتر لي عبدا لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف فيكثر
الغرر وإن قال اشتر لي عبدا بمائة لم يصح لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر وإن قال اشتر لي عبدا تركيا
بمائة جاز لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر وإن قال اشتر لي عبدا تركيا ولم يقدر الثمن ففيه وجهان
قال أبو العباس يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمنا فيقل الغرر ومن أصحابنا من قال لا يصح لأن أثمان الترك
تختلف وتتفاوت فيكثر الغرر وإن وكله في الإبراء لم يجز حتى يبين الجنس الذي يبرئه منه والقدر الذي يبرئ منه
وإن وكله في الإقرار وقلنا إنه يصح التوكيل فيه لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به وقدر ما يقر به لأنه إذا أطلق

هو المذهب وبه قطع الاولى معره

عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز وان وكله في خصومة كل من خاصمه ففيه وجهان

احدهما يصح لان الخصومة معلومة والثاني لا يصح لانه قد تكثر الخصومات ويكثر الغرر

فصل ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل ومن اصحابنا من قال يجوز لانه اذن في التصرف فجاز

تعليقه على شرط مستقبل كالوصية والمذهب الاول لانه عقد تؤثر الجهالة في ابطاله فلم يصح تعليقه

على شرط كالبيع والاجارة ويخالف الوصية فانها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط

والوكالة تؤثر الجهالة في ابطالها فاثر غرر الشرط فان علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط

وتصرف الوكيل صح التصرف لان مع فساد العقد الاذن قائم فيكون تصرفه باذنه فصح فان كان قد

151

سمى له جعلا سقط المسمى ووجب اجرة المثل لانه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل

فوجب اجرة المثل كالعمل في الاجارة الفاسدة وان عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط

بان قال وكلتك ان تطلق امراتي او تبيع مالي بعد شهر صح لانه لم يعلق العقد على شرط وانما علق

التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد فصل ولا يملك الوكيل من التصرف الا ما يقتضيه اذن الموكل

من جهة النطق او من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق

وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين وفي احدهما اضرار بالموكل لم يجز ما فيه اضرار لقوله صلى الله عليه وسلم

لا ضرر ولا اضرار فان كان في احدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى

تميم الداري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الدين النصيحة

قلنا لمن يا رسول الله قال لله ولرسوله ولكتابه ولائمة المسلمين وللمسلمين عامة وليس من النصح ان يترك

ما فيه النظر والحظ للموكل فصل فان وكل في تصرف واذن له ان يوكل اذا شاء نظرت فان عين

له من يوكله وكله امينا كان او غير امين لانه قطع اجتهاده بالتعيين وان لم يعين من يوكل لم يوكل الا

امينا لانه لا نظر للموكل في توكيل غير الامين فان وكل امينا فصار خائنا فهل يملك عزله فيه وجهان

احدهما يملك لان الوكالة تقتضي استعمال امين فاذا خرج عن ان يكون امينا لم يجز استعماله فوجب عزله

والثاني لا يملك عزله لانه اذن له في التوكيل دون العزل وان وكله ولم ياذن له في التوكيل نظرت فان كان

ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل وقدر عليه لم يجز ان يوكل فيه غيره لان الاذن لا يتناول تصرف غيره من جهة

النطق ولا من جهة العرف لانه ليس في العرف اذا رضيه ان يرضى غيره وان وكله في تصرف وقال له

والصحيح ان ليس له ذلك ... [illegible]

وهو المنصوص ... [illegible]

اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان احدهما انه يجوز ان يوكل فيه غيره لعموم قوله اصنع فيه ما شئت

والثاني لا يجوز لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله اصنع فيه ما شئت يرجع الى ما يقتضيه

التوكيل من تصرفه بنفسه وان كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه او عمل يترفع

عنه جاز ان يوكل غيره لان توكيله فيما لا يحسنه او فيما يترفع عنه اذن في التوكيل فيه من جهة العرف

وان كان مما يتولاه الا انه لا يقدر على جميعه لكثرته جاز له ان يوكل فيما لا يقدر عليه منه لان توكيله فيما لا

يقدر عليه اذن في التوكيل فيه من جهة العرف وهل يجوز ان يوكل في جميعه فيه وجهان احدهما له ان يوكل

في جميعه لانه ملك التوكيل في بعضه فملك في جميعه كالموكل والثاني ليس له ان يوكل الا فيما لا يقدر عليه

منه لان التوكيل يقتضي ان يتولى الوكيل بنفسه وانما اذن له فيما لا يقدر عليه للعجز وبقي فيما

يقدر عليه على مقتضى التوكيل وان وكل نفسين في بيع او طلاق فان جعله الى كل واحد منهما جاز

لكل واحد منهما ان ينفرد به لانه اذن لكل واحد منهما في التصرف فان لم يجعل الى كل واحد منهما لم يجز

152

لاحدهما ان ينفرد به لانه لم يرض بتصرف احدهما فلا يجوز ان ينفرد به وان وكلهما في حفظ ماله حفظاه

في حرز لهما وخرج ابو العباس وجها اخر انه ان كان مما ينقسم جاز ان يقتسما ويكون عند كل واحد

منهما نصفه فان لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الاول لانه تصرف اشرك

فيه بينهما فلم يجز لاحدهما ان ينفرد ببعضه كالبيع ويخالف المالكين لان تصرف المالكين يجوز بحق

الملك فيفعل ما يقتضي الملك وتصرف الوكيلين بالاذن والاذن يقتضي اشتراكهما ولهذا لا يجوز لاحد

المالكين ان ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لاحد الوكيلين ان ينفرد ببيع بعضه فصل وان وكل

رجلا في الخصومة لم يملك الاقرار على الموكل ولا الابراء من دينه ولا الصلح عنه لان الاذن في الخصومة

لا يقتضي شيئا من ذلك وان وكله في تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه لان الاذن في التثبيت ليس باذن في القبض

من جهة النطق ولا من جهة العرف لانه ليس في العرف ان من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض وان

وكله في قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق فهل يملك ان يثبته عليه فيه وجهان احدهما لا يملك

لان الاذن في القبض ليس باذن في التثبيت من جهة النطق ولا من جهة العرف لانه ليس في العرف ان من يرضاه

للقبض يرضاه للتثبيت والثاني انه يملك لانه يتوصل بالتثبيت الى القبض فكان الاذن في القبض اذنا

في التثبيت وان وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الابراء من الثمن لان الاذن في البيع ليس باذن في

من الخلاف في قبض الثمن وقبض الدين عند المحو (؟) رطب

صح انه يشهد كل واحد من الوجهين بالعرف

الموكل حاضرا والا فيقبض وجهان احدهما من كلام الاصحاب والخلاف جار في البيع والشرا والعقود الذى من اب المعتبر له ...

في الابرا من الثمن وهل يملك قبضه ام لا فيه وجهان احدهما انه لا يملك لان الاذن في البيع ليس

ما ذونا في قبض الثمن من جهة العرف ولا من جهة النطق لانه قد يرضا الانسان للبيع من لا يرضاه لقبض

والثاني انه يملك لان العرف في البيع تسليم المبيع وقبض الثمن فحمل الوكالة عليه وان وكله في

شرا عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك ان يخاصم البائع في درك الثمن فيه وجهان

احدهما يملك لانه من احكام العقد والثاني لا يملك لان الذى وكل فيه هو العقد وقد فرغ منه فزالت ١٥٢

الوكالة **فصل** وان وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده لان الاذن لا يتناول ما قبله

ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف لانه قد يوثر البيع في زمان لحاجة ولا يوثر في ما قبله

ولا ما بعده وان وكل في البيع في مكان فان كان الثمن فيه اكثر او النقد فيه اجود لم يجز البيع في

غيره لانه قد يوثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن او جودة النقد فلا يجوز تفويت ذلك عليه

وان كان الثمن فيه وفي غيره واحدا ففيه وجهان احدهما انه يملك البيع في غيره لان المقصود فيهما

واحد فكان الاذن في احدهما اذنا في الاخر والثاني لا يجوز لانه لما نص عليه دل على انه قصد عينه

لمعنى هو اعلم به من يمين وغيرها فلم يجز مخالفته **فصل** وان وكله في البيع من رجل لم يجز ان يبيع

من غيره لانه قد يوثر تمليكه دون غيره فلا يكون الاذن في البيع منه اذنا في البيع من غيره وان

قال خذ مالي من فلان فمات لم يجز ان ياخذ من ورثته لانه قد لا يرضى ان يكون ماله عنده ويرضا

ان يكون عند ورثته فلا يكون الاذن في الاخذ منه اذنا في الاخذ من ورثته وان قال خذ مالي على فلان فمات

جاز ان ياخذ من ورثته لانه قصد اخذ ماله وذلك يتنا ول الاخذ منه ومن ورثته وان وكل العدل

في بيع الرهن فاتلفه رجل فاخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة لان الاذن لم يتنا ول بيع القيمة **فصل**

وان وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد لان الشرع لم ياذن فيه ولا يملك الصحيح لان الموكل لم ياذن فيه

فصل وان وكل في بيع سلعة لم يملك بيع بعضها لان في تبعيضها اضرارا بالموكل ... العرف في البيع ان يوجب

فحمل الوكالة عليه ولان اذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي عليه في الثمن وفي البيع لابنه لا يستقصي في

الثمن فلم يدخل في الاذن وهل يملك البيع من ابنه او مكاتبه فيه وجهان احدهما يملك وهو قول ابي

سعيد الاصطخري لانه يجوز ان يبيع منه ماله فجاز ان يبيع منه مال موكله كالاجنبي والثاني لا يجوز

وهو قول ابي اسحق لانه متهم في الميل اليهما كما يتهم في الميل الى نفسه ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل

الاظهر من الفوائد معه

كان التهمة انتفت عنه بذلك فجاز قال ابو العباس وهذا لا يجوز ...

وليس في النسخة لفظا

شهادته لنفسه وان اذن له في البيع من نفسه ففيه وجهان احدهما يجوز كما يجوز ان يوكل المراة في

الايجاب والثاني لا يجوز وهو المنصوص لانه يجمع في عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل

والاسترخاص لنفسه فتمانعا ويخالف الطلاق فانه يصح بالزوج وحده فصح ممن يوكله والبيع لا يصح بالبائع

وحده فلم يصح ممن يوكله وان وكل رجلا في بيع عبده ووكله اخر في شرائه لم يصح لانه عقد يجمع فيه

غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه وان وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في

خصومته ففيه وجهان احدهما لا يصح لانه توكيل في امر يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح كما لو

وكله احدهما في بيع عبده ووكله الاخر في شرائه والثاني يصح لانه لا يتهم في اقامة الحجة لكل واحد منهما مع

حضور الحاكم فان وكل عبد ليشتري له نفسه او عبدا غيره من مولاه ففيه وجهان احدهما يجوز

لانه لما جاز توكيله في الشرا من غير مولاه جاز توكيله في الشرا من مولاه والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد

المولى ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده ثم لو وكل المولى في الشرا من نفسه لم يجز فكذلك

اذا وكل العبد **فصل** وان وكل في شرا سلعة موصوفة لم يجز ان يشتري معيبا لان اطلاق البيع

يقتضي السلامة من العيب ولهذا لو اشترى عينا فوجد بها عيبا ثبت له الرد وان اشترى معيبا نظرت

فان اشتراه وهو يعلم انه معيب لم يصح الشرا للموكل لانه اشترى ما لم ياذن فيه فلم يصح له وان اشتراه

وهو لا يعلم انه معيب ثم علم لم يخل اما ان يرضى به او لا يرضى فان لم يرض به نظرت فان علم الموكل ورضي به

لم يجز للوكيل رده لان الرد لحقه وقد رضي به فسقط وان لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد لانه ظلامة

حصلت بعقده فجاز له دفعها كما لو اشترى لنفسه فان قال له البائع اخر الرد حتى يستاذن الموكل فان لم يرض

قبلته لم يلزمه التاخير لانه حق تعجل له فلم يلزمه تاخيره وان قبل منه واخره بهذا الشرط فهل يسقط

حقه من الرد فيه وجهان احدهما يسقط لانه ترك الرد مع القدرة والثاني لا يسقط لانه لم يرض بالعيب فان

ادعى البائع ان الموكل علم بالعيب ورضي به فالقول قول الوكيل مع يمينه لان الاصل عدم الرضا فان رضي

الوكيل بالعيب سقط خياره فان حضر الموكل ورضي بالعيب استقر العقد وان اختار الرد نظرت فان كان قد

سماه الوكيل في الابتياع او نواه وصدقه البائع جاز ان يرده لان الشرا له وهو لم يرض بالعيب وانما رضي وكيله

ولا يسقط حقه من الرد وان لم يسمه الوكيل في الابتياع ولا صدقه البائع انه نواه فالمنصوص ان السلعة

تلزم الوكيل لانه ابتاع في الذمة للموكل ما لم ياذن فيه ومن اصحابنا من قال يلزم الموكل لان العقد وقع له وقد

[illegible]

١٥٤

تعذر الرد بتفريط الوكيل في ترك الرد ورجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب لانه صار
كالمستهلك له بتفريطه وفي الذي يرجع به وجهان احدهما وهو قول ابي يحيى البلخي انه يرجع بما
نقص من قيمته عن الثمن فان كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشي وان كان الثمن مائة
وقيمة السلعة تسعين رجع بعشرة كما نقول في شاهدين شهدا على رجل انه باع سلعة بمائة
فاجيز منه ووزن له المشتري الثمن ثم رجع الشهود عن الشهادة فان الحكم لا ينقض ويرجع البائع على
الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن فان كان الثمن والقيمة سوا لم يرجع عليهم بشي وان كانت القيمة مائة
والثمن تسعين رجع بعشرة والثاني انه يرجع بارش العيب وهو الصحيح لانه فيت عليه الرد به من غير
رضاه فوجب الرجوع بالارش وان وكل في شرا سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيبا فهل له
ان يرد من غير اذن الموكل فيه وجهان احدهما له ان يرد لان البيع يقتضي السلامة من العيب ولم يسلم من
العيب فثبت له الرد كما لو وكل في شرا سلعة موصوفة ووجد بها عيبا فعلى هذا يكون
حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة والثاني لا يرد من غير اذن الموكل لانه قطع نظره
واجتهاده بالتعيين فصل وان وكل في بيع عبيد او شرا عبيد لم يجز ان يعقد على بعضهم
لان العرف في بيع العبيد وشرائهم ان يعقد على جميعهم فحمل الوكالة عليه ولان في تبعيضه اضرارا
بالموكل فلم يملك من غير اذن وان وكل في شرا العبيد او بيع اعبد جاز ان يعقد على واحد
واحد لان العرف في العبيد ان تباع وتشترى واحدا واحدا ولانه لا ضرر في افراد بعضهم عن بعض
وان وكله ان يشتري له عشرة اعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة اعبد من اثنين صفقة واحدة
ففيه وجهان قال ابو العباس يلزم الموكل لانه اشتراهم صفقة واحدة ومن اصحابنا من قال لا يلزم الموكل ١٥٥
لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فصل ولا يجوز للوكيل في البيع ان يبيع بغير نقد البلد من غير
اذن ولا للوكيل في الشرا ان يشتري بغير نقد البلد من غير اذن لان اطلاق البيع يقتضي نقد البلد
ولهذا لو قال بعتك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد وان كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما
لان نقد البلد هو الغالب فان استويا في المعاملة باع بما هو انفع للموكل لانه مامور بالنصح له وفي
النصح ان يبيع بالانفع فان استويا في النفع باع بما شا منهما لانه لا مزية لاحدهما على الاخر فتخير
بينهما وان اذن له في العقد بنقد لم يجز ان يعقد بنقد اخر لان الاذن في جنس ليس باذن في جنس اخر

فيما لو اذن له في شرا عبيد لم يجز ان يشتري جارية ولو اذن له في شرا جارية لم يجز ان يشتري
عبدا فصل وان دفع اليه الفا وقال اشتر بعينها عبدا فاشترى في ذمته لم يصح الشرا للموكل
لانه لم يرض بالتزام غير الالف واذا ابتاع بالف في الذمة فقد الزمه في ذمته الفا لم يرض بالتزامها
فلم يلزمه وان قال اشتر في الذمة وانقد الالف فيه فابتاع بعينها ففيه وجهان احدهما ان
البيع باطل لانه امره بعقد لا ينفسخ بتلف الالف فعقد عقدا ينفسخ بتلف الالف وذلك
١٥٦ لم ياذن فيه ولم يرض به والثاني انه يصح لانه امره بعقد يلزمه الثمن مع بقا الالف ومع تلفها
فعقد عقدا يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيرا وان دفع اليه
الفا وقال اشتر عبدا ولم يقل بعينها ففيه وجهان احدهما ان مقتضاه الشرا بعينها لانه لما
دفع اليه الالف دل على انه قصد الشرا بها فعلى هذا اذا اشترى في ذمته لم يصح الشرا والثاني
انه لا يقتضي الشرا بعينها لان الامر مطلق فعلى هذا يجوز ان يشتري بعينها ويجوز ان
يشتري في الذمة وينقد الالف فيه فصل وان وكله في الشرا ولم يدفع اليه الثمن واشتراه
ففي الثمن ثلاثة اوجه احدها انه على الموكل والوكيل ضامن لان المبيع للموكل فكان الثمن عليه
والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه فعلى هذا يجوز للبايع ان يطالب الوكيل والموكل لان احدهما
ضامن والاخر مضمون عنه فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل والثاني
ان الثمن على الوكيل دون الموكل لان الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه فعلى هذا يجوز للبايع مطالبة
الوكيل لان الثمن عليه ولا يجوز له مطالبة الموكل لانه لا شي عليه فان وزن الوكيل رجع على الموكل
لانه التزم باذنه وان لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن احال بدين عليه على رجل لا دين له عليه انه اذا وزن رجع
واذا لم يزن لم يرجع وان ابرا البايع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن
والثالث ان الثمن على الوكيل وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن فيجوز للبايع مطالبة الوكيل دون الموكل
وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البايع

تم الجز الحادي عشر من المهذب يتلوه الجز الثاني عشر

بسم الله الرحمن الرحيم فصل ولا يجوز للوكيل في البيع ان يبيع بثمن مؤجل من غير اذن
لان الاصل في البيع النقد وانما يدخل التاجيل لكساد او فساد فاذا اطلق حمل على الاصل فان اذن له

من حفظها الى مؤنة ولا يكون خوف فانه يجوز لانه يمكنه ان يعجل الثمن وان كان مؤجلا فيحصل الغرض من ذلك

في بيع مؤجل وقدّر الاجل لم يبع الى اجل اكثر منه لانه لم يرض بما زاد على المقدر فبقي على الاصل في المنع وان اطلق الاجل ففيه وجهان احدهما لا يصح التوكيل لان الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح والثاني يصح ويحمل على العرف في مثله لان مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وان لم يكن فيه عرف باع بانفع ما يقدر عليه لانه مأمور بالنصح لموكله ومن اصحابنا من قال يجوز القليل والكثير لان اللفظ مطلق ومنهم من قال يجوز الى سنة لان الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة وهي الدية والجزية والصحيح هو الاول وقول القائل الثاني ان اللفظ مطلق لا يصح لان العرف يخصه كما يخصه تنصيص الموكل وقول القائل الثالث لا يصح لان الدية والجزية وجبت بالشرع فحملت على اجل الشرع وهذا وجب باذن الآدمي فحمل على المتعارف وان اذن له في البيع الى اجل فباع بالنقد نظرت فان باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح لان الاذن بالبيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة فاذا باع بما دونه لم يصح وان باع نقدا بما يساوي نسيئة فان كان في وقت لا يأمن ان ينهب او يسرق لم يصح لانه ضرر لم يرض به فلم يلزمه ~~فلس الاذن في البيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة فلم يلزمه~~ وان كان في وقت مأمون ففيه وجهان احدهما لا يصح لانه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة مليء فيفوت عليه ذلك فلم يصح والثاني يصح لانه زاده بالتعجيل خيرا وان وكله ان يشتري عبدا بالف حال فاشتراه بالف مؤجل ففيه وجهان احدهما لا يصح الشراء للموكل لانه قصد ان لا يكون عليه دين وان لا يشتري الا بما معه والثاني يصح لانه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيرا

فصل ولا يجوز للوكيل في البيع ان يشرط الخيار للمشتري ولا للوكيل في الشراء ان يشرط الخيار للبائع من غير اذن لانه شرط لا حظ للموكل فيه فلا يجوز من غير اذن كالاجل وهل يجوز ان يشرط لنفسه او للموكل فيه وجهان احدهما لا يجوز لان اطلاق البيع يقتضي البيع من غير شرط والثاني يجوز لانه احتياط للموكل بشرط الخيار

فصل ولا يجوز للوكيل في البيع ان يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير اذن ولا للوكيل في الشراء ان يشتري باكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير اذن لانه منهي عن الاضرار بالموكل مأمور بالنصح له وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع والزيادة على ثمن المثل في الشراء اضرار بالموكل وترك النصح وليس العرف في البيع بثمن المثل يحمل اطلاق الاذن عليه فان حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لانه مأمور بالنصح والنظر للموكل ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة وان

باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد في حال الخيار ففيه وجهان احدهما لا يلزمه فسخ البيع لان المزايد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك والثاني يلزمه الفسخ وهو الصحيح لان حال الخيار كحال العقد ولو حضر في حال العقد من يزيد وجب البيع منه فكذلك اذا حضر في حال الخيار وقول القائل الاول انه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك لا يصح لان الظاهر انه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك وان باع بنقصان يتغابن الناس بمثله بان باع ما يساوي عشرة بتسعة صح البيع وان اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بان ابتاع ما يساوي عشرة باحد عشر صح الشراء ولزم الموكل لان ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل ولانه لا يمكن الاحتراز منه فعفي عنه وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس بمثلها بان ابتاع ما يساوي عشرة باثني عشر فان كان بعين مال الموكل بطل الشراء لانه عقد على ماله عقدا لم يأذن فيه وان كان في الذمة لزم الوكيل لانه اشترى في الذمة بغير اذن فوقع الملك له وان باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بان باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع لانه بيع غير مأذون فيه فان كان المبيع باقيا رد وان كان تالفا وجب ضمانه وللموكل ان يضمن الوكيل لانه سلم ما لم يكن له تسليمه وله ان يضمن المشتري لانه قبض ما لم يكن له قبضه فان ضمن المشتري ضمنه جميع القيمة وهو عشرة لانه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البدل وان اختار ان يضمن الوكيل ففيه ثلاثة اقوال احدها انه يضمنه جميع القيمة لانه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله والثاني يضمنه تسعة لانه لو باعه بتسعة جاز فلا يضمن ما زاد ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم والثالث يضمنه درهما لانه لم يفرط الا بدرهم فلا يضمن غيره ويضمن المشتري تمام القيمة وهو تسعة وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل لان المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه وان قدر الثمن فقال بع بالف درهم لم يجز ان يبيع بما دونها لان الاذن في الالف ليس باذن فيما دونها وان باع بالفين نظرت فان كان قد عين من يبيع منه لم يجز لانه قصد تمليكه بالالف فلا يجوز ان يفوت عليه غرضه وان لم يعين من يبيع منه جاز لان الاذن في الالف اذن في ما زاد من جهة العرف لان من رضي بالف رضي بالفين وان قال بع بالف ولا تبع بما زاد لم يجز ان يبيع بما زاد لانه صرح بالنهي فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته وان قال بع بالف فباع بالف وثوب ففيه وجهان احدهما انه يصح لانه حصل له الالف وزيادة فصار كما لو باع بالفي درهم والثاني انه لا يصح لان الدراهم

١٥٩

والثوب ينقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب وذلك خلاف مقتضى الإذن فإن الإذن يقتضي البيع بالنقد وعلى هذا يبطل العقد في الدراهم فيه قولان بناء على تفريق الصفقة وإن وكله في بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز لأنه مأذون فيه من جهة العرف لأن من رضي بيع العبد بألف رضي بيع نصفه بألف وإن باع نصفه بما دون الألف لم يصح لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الألف لم يصح لأنه قد لا يشتري الباقي بما بقي من الألف وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز لأن من رضي بيع ثلاثة بألف رضي ببيع أحدهم بألف وهل له أن يبيع الآخرين فيه وجهان أحدهما لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف والثاني أنه يجوز لأنه أذن له في بيع الجميع فلا يسقط الإذن ببيع واحد منهم كما لو لم يقدر الثمن وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف لأن من رضي أن يشتري عبداً بمائة رضي أن يشتريه بخمسين وإن قال اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز أن يشتري بمائة لأنه مأذون فيه ولا يشتري بخمسين لأنه منهي عنه ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضي بالشراء بما دونها ثم أخرج الخمسين بالنهي وبقي فيما زاد على ما دل عليه المأذون وهل يجوز أن يشتري بما قل من الخمسين فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى إلا ما أخرجه النهي والثاني لا يجوز لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع وإن قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل وقال أبو العباس يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة والمذهب الأول لأنه زاد على الثمن المأذون فيه فلم يلزم الموكل كما لو قال اشتر لي عبداً فاشتراه بأكثر من ثمن المثل ولأنه لو قال بع هذا العبد بمائة فباعه بتسعين لم يصح ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة فكذلك إذا قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة وإن وكله في شراء عبد بمائة فاشترى عبداً بمائتين وهو يساوي المائتين لم يلزم الموكل لأنه غير مأذون فيه من جهة العرف لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين وإن دفع إليه ديناراً وأمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي ديناراً وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً نظرت فإن اشترى في الذمة ففيه

١٦٠

قولان أحدهما أن الجميع للموكل لأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتى النبي صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار فدعا له بالبركة ولأن الإذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار لأن من رضي شاة بدينار رضي شاتين بدينار والثاني أن للموكل شاة لأنه أذن فيه والأخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل فوقع الشراء للوكيل فإن قلنا إن الجميع للموكل فباع إحداهما نقل حرح أبو العباس فيه وجهين أحدهما أنه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح والثاني أنه يصح لحديث عروة البارقي والمذهب الأول والحديث يتأول وإن قلنا إن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار وإن اشترى الشاتين بعين الدينار فإن قلنا فيما اشترى في الذمة إن الجميع للموكل كان الجميع هاهنا للموكل وإن قلنا هناك إن إحداهما للموكل والأخرى للوكيل صح الابتياع للموكل في إحداهما وبطل في الأخرى لأنه لا يجوز أن يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل

فصل إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه وإن اشترى ما لم يأذن فيه فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل فالعقد باطل لأنه عقد على ما لم يؤذن في العقد عليه فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه وإن اشتراه بثمن في الذمة نظرت فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشتراه لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فالعقد للمشتري له كما لو اشتراه من غير وكالة وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان أحدهما أن العقد باطل لأنه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل والثاني أنه يصح ويلزم الوكيل ما اشتراه وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لأنه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فالعقد في حقه كما لو لم يذكر الموكل

فصل وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم لأن الغريم لم يأتمنه على المال فلا يقبل قوله عليه في الدفع كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي وهل يضمن المال للموكل نظرت فيه فإن كان دفع في غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن لأنه لم يفرط وإن لم يشهد ضمن لأنه فرط وإن أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان أحدهما لا يضمن لأن الشاهد مع اليمين بينة والثاني يضمن لأنه فرط حيث اقتصر على بينة مختلف فيها وإن كان بحضرة الموكل وأشهد

دفع إلى صاحب الحق فإن لصاحب الحق مطالبة الوكيل به كذلك ههنا من شرطه
وقضاء الدين وهو الأصح فهو من التنبيه وبه أجاب في المهذب وغيره وإلا فلا يلزمه ههنا وجهاً واحداً

لم يضمن، وإن لم يشهد ففيه وجهان: أحدهما لا يضمن لأن المفرط هو الموكل فإنه حضر وترك
الإشهاد، والثاني أنه يضمن لأن ترك الإشهاد بسبب الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل
كما لو أتلف ماله وهو حاضر، وإن وكل في إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الإشهاد؟ فيه وجهان
أحدهما يلزمه لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود، والثاني لا يلزمه لأن القول قول المودع في
الرد والهلاك فلا فائدة في الإشهاد، وإن وكله في الإيداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول
الوكيل عليه لأنه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى اليتيم، وهل
يضمن الوكيل؟ ينظر فيه فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن لأنه لم يفرط، وإن لم يشهد
فإن قلنا يجب الإشهاد ضمن لأنه فرط، وإن قلنا لا يجب لم يضمن لأنه لم يفرط. فصل: وإن كان
عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه جاز أن يدفع إليه ولا يجب الدفع
إليه، وقال المزني يجب الدفع إليه لأنه أقر له بحق القبض، وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرئ فلم يجبر عليه
كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد، فإن دفع إليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل
فالقول قوله مع يمينه أنه ما وكل لأن الأصل عدم التوكيل، فإذا حلف نظرت فإن كان الحق عيناً أخذها
إن كانت باقية ورجع ببدلها إن كانت تالفة، وله أن يطالب الدافع والقابض لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له
الموكل والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه، فإن ضمن الدافع لم يرجع على القابض، وإن ضمن القابض لم يرجع
على الدافع لأن كل واحد منهما يقول إن ما أخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره، وإن كان الحق ديناً فله أن
يطالب به الدافع لأن حقه في ذمته لم ينتقل، وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان: أحدهما له أن يطالبه
وهو قول أبي إسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً، والثاني ليس له وهو قول
أكثر أصحابنا لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القابض فلم يجز أن يطالب به، وإن جاء
رجل إلى من عليه الحق وادعى أن صاحب الحق مات وأنه وارثه فصدقه وجب الدفع إليه لأنه اعترف بأنه لا
مالك له غيره وأن دفعه إليه دفع مبرئ فلزمه، فإن جاء رجل وقال أحالني عليك صاحب
الحق فصدقه ففيه وجهان: أحدهما يلزمه الدفع إليه لأنه أقر له أنه انتقل الحق إليه فصار كالوارث
والثاني أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرئ لأنه ربما جحد صاحب الحق الحوالة فيقبضه، وإن كذبه
لم يلزمه الدفع إليه في المسائل كلها، وهل يحلف؟ إن قلنا إن صدقه لزمه الدفع إليه حلف لأنه قد يخاف

من اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع إليه، وإن قلنا لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه لم يحلف لأن اليمين
إنما تعرض ليخاف فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين. فصل: ويجوز للموكل
أن يعزل الوكيل إذا شاء، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء لأنه إذن في التصرف في ماله فجاز لكل
واحد منهما إبطاله كالإذن في أكل طعامه، وإن رهن عند رجل شيئاً وجعلاه على يد عدل
واتفقا على أن يبيعه إذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله في البيع فانعزل بعزله
كالوكيل في بيع غير الرهن، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان: أحدهما أنه ينعزل وهو ظاهر النص لأنه
يبيع الرهن لحقه فانعزل بعزله كالراهن، والثاني لا ينعزل وهو قول أبي إسحاق لأنه ليس بوكيل له في البيع
فلم ينعزل بعزله، وإن وكل رجلاً في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت: فإن أذن له في التوكيل عن
الموكل فهما وكيلان للموكل فإن بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر، وإن أذن له في توكيله
عن نفسه فالثاني وكيل الوكيل، فإن عزله الموكل انعزل لأنه يتصرف له فملك عزله كالوكيل، وإن
عزله الوكيل انعزل لأنه وكيله فانعزل بعزله، وإن بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته لأنه فرع له فإذا
بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع، وإن وكل رجلاً وامرأة ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف
في ذلك الأمر بالموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة لأنه لا يملك التصرف فلا
يملك غيره من جهته، وإن أمر عبده بتصرف ثم باعه أو أعتقه ففيه وجهان: أحدهما لا ينعزل كما
لو أمر زوجته بتصرف ثم طلقها، والثاني أنه ينعزل لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة وإنما هو أمر ولهذا يلزمه
امتثاله وبالعتق والبيع سقط أمره عنه، وإن وكل في بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه أو
دابة فركبها فهل تبطل الوكالة؟ فيه وجهان: أحدهما تبطل فلا يجوز له البيع لأنه عقد أمانة فبطل
بالخيانة كالوديعة، والثاني أنها لا تبطل لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة
وبقي التصرف كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة، وإن وكل
رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ففيه قولان: أحدهما لا ينعزل فإن تصرف صح تصرفه
لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع، والثاني أنه ينعزل فإن تصرف لم
ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق. فصل
والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل فإن تلف في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن الموكل في اليد

ويبر ما اذا وكله في الشرى ولم يدفع اليه الثمن فاشتراه وقد اجرى الغزالي الخلاف المذكور في الشرى وهذه والله اعلم

١٦٣

والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن وان وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها وتلف الثمن واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل لان البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه **فصل** اذا ادعى رجل على رجل انه وكله في تصرف فانكر المدعى عليه فالقول قوله لانه ينكر عقدا الاصل عدمه فكان القول قوله وان اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها بان قال الوكيل وكلتني في بيع ثوب وقال الموكل بل وكلتك في بيع عبد او قال الوكيل وكلتني في البيع بالف وقال بل وكلتك في البيع بالفين او قال الوكيل وكلتني في البيع نسيئة وقال الموكل بل وكلتك في البيع حالا فالقول قول الموكل لانه ينكر اذنا والاصل عدمه ولان من جعل القول قوله في اصل التصرف كان القول قوله في كيفيته كالزوج في الطلاق **فصل** وان اختلفا في التصرف فادعى الوكيل انه باع المال وانكر الموكل او اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن فادعى الوكيل انه قبض الثمن وتلف وانكر الموكل ففيه قولان احدهما ان القول قول الوكيل لانه يملك العقد والقبض ومن ملك تصرفا ملك الاقرار به كالاب في تزويج البكر والثاني انه لا يقبل قوله لانه اقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن فلم يقبل كما لو اقر عليه بانه باع ماله من رجل وقبض ثمنه وان وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا فقال الوكيل ابتعتها باذنك بعشرين وقال الموكل بل اذنت لك في ابتياعها بعشرة فالقول قول الموكل لما ذكرناه فاذا حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر لانه قد ثبت انه ابتاعها بغير الاذن فان كان الوكيل كاذبا كانت الجارية له في الظاهر والباطن وان كان صادقا كانت الجارية للموكل في الباطن وللوكيل في الظاهر قال المزني ويستحب للشافعي رحمه الله في مثل هذا ان يرفق الحاكم بالموكل ويقول ان كنت امرته ان يشتريها بعشرين فقد بعته اياها بعشرين فان قال له بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن وان قال كما قال المزني ان كنت امرتك في ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال لا يصح لانه بيع معلق على شرط فلم يصح وجعل ما قال المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل ومنهم من قال يصح لان هذا الشرط يقتضيه العقد لانه لا يصح ان يبيعها الا ان يكون قد اذن له في الابتياع بعشرين وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه فان امتنع الموكل من البيع قال المزني يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها وقال ابو سعيد الاصطخري فيه وجهان احدهما ما قال المزني والثاني انه يملكها ظاهرا وباطنا

لو قال ان المستحب للحاكم مثل قوله للمشتري

١٦٤

على القولين ومن ادعى على رجل انه اشترى منه دارا وانكر المشتري وحلف استحب للمشتري ان يقول للبائع ان كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع وان لم يفعل المشتري ذلك ففيه قولان احدهما ان للبائع بيع الدار واخذ ثمنها والثاني ان البائع يملك الدار لان المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته فيكون البائع احق بعين ماله وقال ابو اسحق لا يملك الوكيل الجارية قولا واحدا ويخالف الدار لانها كانت للبائع فاذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع اليه كما يعود اذا تحالف المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل فتعود اليه عند التعذر فان قلنا يملكها ظاهرا وباطنا تصرف فيها بالوطء وغيره وان قلنا انها للموكل في الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل اليه فوجد له مالا من غير جنس حقه **فصل** وان اختلفا في تلف المال فادعى الوكيل انه تلف وانكر الموكل فالقول قول الوكيل لان التلف يتعذر عليه اقامة البينة عليه فجعل القول قوله **فصل** وان اختلفا في رد المال فقال الوكيل رددت عليك المال وانكر الموكل نظرت فان كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه قبض العين لمنفعة المالك فكان القول قوله كالمودع وان كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان احدهما لا يقبل قوله لانه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن والثاني انه يقبل قوله لان انتفاعه بالعمل في العين فاما العين فلا منفعة له فيها فقبل قوله في الرد كالمودع في الوديعة **فصل** اذا كان لرجل على اخر حق فطالبه به فقال لا اعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت فان كان مضمونا عليه كالغصب والعارية فان كان عليه فيه بينة فله ان يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض لانه لا يأمن ان يقبض ثم يجحد ويقيم عليه البينة فيغرمه وان كان امانة كالوديعة او ما في يد الوكيل والشريك او مضمونا لا بينة عليه ففيه وجهان احدهما ان له ان يمتنع حتى يشهد على القبض وهو قول ابي علي بن ابي هريرة لانه لا يأمن ان يقبض ثم يجحد فيحتاج ان يحلف انه لا يستحق عليه وفي الناس من يكره ان يحلف والثاني انه ليس له ان يمتنع لانه اذا جحد كان القول قوله انه لا يستحق عليه شيئا وليس عليه في اليمين على الحق ضرر فلم يجز ان يمتنع

كتاب الوديعة

يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة واداء الامانة فيها ان يقبلها لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولما روى ابو هريرة رضي الله عنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف فإن لم يقبل أن يهلك تعين عليه قبولها لأن حرمة المال كحرمة النفس والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه فكذلك إذا خاف على ماله وإن كان عاجزا عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها لأنه يغرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها

فصل ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف في المال فإن أودعه صبي أو سفيه لم يقبل منه لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والسفيه كالبيع فإن أخذها منه ضمنها لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله كما نقول فيما غصبه من ماله وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذه منه استهلكه فأخذه ففيه وجهان بناء على القولين في المحرم إذا خلص طائرا من جارحة وأمسكه ليحفظه أحدهما لا يضمن لأنه قصد حفظه والثاني يضمن لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان

فصل ولا يصح إلا عند جائز التصرف فإن أودع صبيا أو سفيها لم يصح الإيداع لأن القصد من الإيداع الحفظ والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ فإن أودع واحدا منهما فتلف عنده لم يضمن لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه بالتلف كما لو تركه عند بالغ من غير إيداع فتلف وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان أحدهما يضمن لأنه لم يسلطه على إتلافه فضمنه بالإتلاف كما لو دخل داره فأتلف ماله والثاني لا يضمن لأنه مكنه من إتلافه فلم يضمنه كما لو باع منه شيئا وسلمه إليه فأتلفه

١٦٥

فصل وينعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول والقبول بالفعل وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء والموت كما تنفسخ الوكالة لأنه وكالة في الحفظ فكان كالوكالة في العقد والفسخ

فصل والوديعة أمانة في يد المودع إن تلفت من غير تفريط لم يضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فلا ضمان عليه وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعمر وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم وهو إجماع فقهاء الأمصار ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان فلو ضمنت من غير عدوان

من الاخذ سواه

والعاشر ان يكون وديعة فاسدة

الناس في قبولها فيؤدي إلى قطع المعروف فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضمونا لأنه أمانة فلا يصير مضمونا بالشرط كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط وإن ولدت الوديعة ولدا كان الولد أمانة لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه وهل يجوز له إمساكه فيه وجهان أحدهما لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه كما لو ألقت الريح ثوبا في داره والثاني يجوز لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها

فصل ومن قبل الوديعة نظرت فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها في حرز مثلها فإن أخر إحرازها فتلفت لزمه الضمان لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن لأن الإيداع يقتضي الحفظ فإذا أطلق حمل على المتعارف وهو حرز المثل فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لأن من رضي بحرز المثل رضي بما فوقه فإن قال لا تقفل عليها فقفل عليها أو قال لا تقفل عليه إلا قفلا فأقفل قفلين أو قال لا ترقد عليه فرقد عليه فالمذهب أنه لا يضمن لأنه زاده في الحرز ومن أصحابنا من قال يضمن لأنه نبه اللص عليه وأغراه به

فصل وإن عين له الحرز فقال احفظها في هذا البيت فنقلها إلى ما دونه ضمن لأن من رضي حرزا لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه لم يضمن لأن من رضي حرزا رضي مثله وما هو أحرز منه وإن قال احفظها في هذا البيت ولا تنقلها فنقلها إلى ما دونه ضمن لأنه لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه ففيه وجهان قال أبو سعيد الإصطخري لا يضمن لأنه جعله في مثله فأشبه إذا لم ينهه عن النقل وقال أبو إسحق يضمن لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل فإن خاف عليه في الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت فإن كان النهي مطلقا لزمه النقل ولا يضمن لأن النهي عن النقل للاحتياط في حفظها والاحتياط في هذه الحال أن ينقل فلزمه النقل فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط في الترك وإن قال لا تنقل وإن حدث عليها الهلاك فنقلها لم يضمن لأنه زاده خيرا وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو إسحق لا يضمن لأن نهيه مع خوف الهلاك إبراء من الضمان وقال أبو سعيد الإصطخري يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له لأنه خلاف الشرع فصار كما لو لم ينهه والأول أظهر لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله وإن خالف الشرع كما لو قال لغيره اقطع يدي أو أتلف مالي

١٦٦

فصل فإن أودعه شيئا فربطه في كمه لم يضمن فإن تركه في كمه ولم يربطه

او امسكه في يده او جعله في جيبه

نظرت فإن كان خفيفاً لا يعلم به إذا سقط ضمن لأنه مفرط في حفظه وإن كان ثقيلاً إذا
سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفرط وإن تركه في جيبه فإن كان مزرراً أو كان الجيب ضيقاً
لم يضمن لأنه لا تناله اليد وإن كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله وإن أودعه شيئاً
وقال اربطه في كمك فأمسكه في يده فتلف فقد روى المزني أنه لا يضمن وروى الربيع في الأم
أنه يضمن فمن أصحابنا من قال هو على قولين أحدهما لا يضمن لأن اليد أحرز من الكم لأنه قد يسرق
من الكم ولا يسرق من اليد والثاني أنه يضمن لأن الكم أحرز من اليد لأن اليد حرز مع الذكر
دون النسيان والكم حرز مع الذكر والنسيان ومن أصحابنا من قال إن ربطها في كمه وأمسكها
بيده لم يضمن لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وإن تركها في يده ولم يربطها في كمه ضمن لأن
الكم أحرز من اليد وحمل الروايتين على هذين الحالين وإن أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها
في كمه ضمن لأن الجيب أحرز من الكم لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب وإن قال
احفظها في البيت فشدها في ثوبه وخرج ضمنها لأن البيت أحرز فإن شدها في عضده فإن كان
الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن لأنه أحرز من البيت وإن كان من الجانب الآخر ضمن لأن البيت أحرز
منه وإن دفعها إليه في السوق وقال احفظها في البيت فقام في الحال ومضى إلى البيت فأحرزها
لم يضمن وإن قعد في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت في الحرز فضمنها وإن
أودعه خاتماً وقال احفظه في البنصر فجعله في الخنصر ضمن لأن الخنصر دون البنصر في
الحرز لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهو إلى الوقوع أسرع وإن قال اجعله في الخنصر فجعله في البنصر
لم يضمن لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ وإن قال اجعله في الخنصر فلبسه في
البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه **فصل** وإن أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو
وكيله سلمها إليه وإن لم يجد سلمها إلى الحاكم لأنه لا يمكن منعه من السفر ولا قدرة له على
المالك ولا وكيله فوجب الدفع إلى الحاكم كما لو حضر من يخطب المرأة والولي غائب فإن الحاكم
ينوب عنه في التزويج فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن لأن الحاكم لا ولاية
مع وجود المالك أو وكيله كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله فإن لم يجد
حاكماً سلمها إلى أمين لأن النبي صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة

سلمها إلى أم أيمن واستخلف علياً كرم الله وجهه في ردها وإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم ففيه
وجهان أحدهما لا يضمن وهو ظاهر النص وهو قول أبي إسحاق لأنه أمين فأشبه الحاكم
والثاني يضمن وهو ظاهر قوله في الرهن وقول أبي سعيد الإصطخري لأن أمانة الحاكم
مقطوع بها وأمانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به إلى ما لا يقطع به كما لا
يترك النص للاجتهاد وإن لم يكن أمين لزمه أن يأخذها معه لأن السفر في هذه الحال أحوط فإن
وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن لأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز وليس السفر من
مواضع الحفظ لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه فلا يجوز مع عدم الضرورة
وإن دفنها ثم سافر نظرت فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد ضمن لأنه ما تركها ولا يد في معرض
للأخذ فإن كان في موضع مسكون فإن لم يعلم بها أحداً ضمن لأنه ربما أدركته المنية في
السفر فلا تصل إلى صاحبها وإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن لأنها ما تكون
محفوظة به وإن أعلم بها من يسكن الموضع فإن كان غير ثقة ضمن لأنه عرضها للأخذ
وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر وقد بينا حكم من استودع ثم سافر **فصل**
وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت كما لا يمكنه
الحفظ مع السفر وقد بينا حكمه وإن قال في مرضه عندي وديعة ووصفها ولم يوجد ذلك
في تركته فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها لأن الوديعة أمانة
فلا تضمن بالشك ومن أصحابنا من قال يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص لأن الأصل
وجوب ردها فلا يسقط بالشك **فصل** وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها
لأن المودع لم يرض بأمانة غيره فإن هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمن الأول لأنه سلم ما لم
يكن له تسليمه وله أن يضمن الثاني لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه فإن ضمن الثاني نظرت فإن كان
قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الأول لأنه دخل على أنه يضمن فلم يرجع فإن لم يعلم ففيه
وجهان أحدهما يرجع لأنه دخل على أنه أمانة فإذا ضمن رجع على من غره والثاني لا
يرجع لأنه هلك في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الأول فإن قلنا إن الثاني إذا ضمن رجع
على الأول لم يرجع الأول عليه وإن قلنا إنه لا يرجع رجع الأول عليه فأما إذا استعان بغيره في حملها

وضعها في الحرز او سقيها او علفها فانه لا يضمن لان العادة قد جرت بالاستعانة
ولانه ما اخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره فصل وان اودعه دراهم فخلطها
بمثلها من ماله ضمن لان صاحبها لم يرض ان يخلط ماله بمال غيره فان خلطها بدراهم لصاحب
الدراهم ففيه وجهان احدهما لا يضمن لان الجميع له والثاني انه يضمن وهو الاظهر لانه لم يرض ان
يكون احدهما مختلطا بالاخر وان اودعه دراهم في كيس مشدود فحل الشد او خرق ما تحت الشد
ضمن ما فيه لانه هتك الحرز من غير عذر وان اودعه دراهم في غير وعاء فاخذ منها درهما
ضمن الدرهم لانه تعدى فيه ولا يضمن الباقي لانه لم يتعد فيه فان رد الدرهم فان كان متميزا لم
يضمن غيره وان لم يتميز فقد قال الربيع يضمن الجميع لانه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع
والمنصوص انه لا يضمن الجميع لان المالك رضي ان يخلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن فان انفق
الدرهم ورد بدله فان كان متميزا عن الدراهم لم يضمن الدراهم لانها باقية كما كانت
وان كان غير متميز ضمن الجميع لانه خلط الوديعة بما لا يتميز عنها فضمن الجميع فصل
وان اودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها لانها ماتت بسبب تعديه
به فضمنها وان قال له لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان
قال ابو سعيد الاصطخري يضمن لانه لا حكم لنهيه لانه يجب عليه سقيها وعلفها فاذا ترك
ضمن كما لو لم ينهه عن السقي والعلف وقال ابو العباس وابو اسحق لا يضمن لان الضمان يجب لحق
المالك وقد رضي باسقاطه فصل اذا اخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها كاخراج
الثياب للنشر لم يضمن لان ذلك من مصلحة الوديعة ومقتضى الايداع فلم يضمن به
وان اخرجها لينتفع بها ضمنها لانه تصرف في الوديعة بما ينافي مقتضاها فضمن به كما
لو اخرجها الى غير حرزها فان كان دابة فاخرجها للسقي والعلف الى خارج الحرز فان كان
المنزل ضيقا لم يضمن لانه مضطر الى الاخراج وان كان المنزل واسعا ففيه وجهان احدهما
يضمن وهو المنصوص وهو قول ابي سعيد الاصطخري لانه اخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة
فضمنها كما لو اخرجها ليركبها والثاني انه لا يضمن وهو قول ابي اسحق لان العادة قد جرت بالسقي
والعلف خارج المنزل وحمل النص عليه اذا كان الخارج غير امين وان نوى اخراجها للانتفاع

...هذا اولى بان لا يضمن وهكذا ينبغي ان يكون النهي مع خوف الهلاك على هذا الوجه والا فلا ضمان وجها واحدا معمر

بها للبس او الركوب او نوى ان لا يردها على صاحبها ففيه ثلثة اوجه احدها وهو قول ابي العباس
انه يضمن كما يضمن اللقطة اذا نوى تملكها والثاني وهو قول ابي حامد المروروذي انه ان
نوى اخراجها للانتفاع بها لم يضمن وان نوى ان لا يردها ضمن لان بهذه النية صار ممسكا لها
على نفسه وبالنية الاولى لم يصر ممسكا على نفسه والثالث وهو قول اكثر اصحابنا انه لا يضمن
١٧٠ لان الضمان انما يكون بفعل يوقع في العين وذلك لم يوجد فصل وان اخذت الوديعة منه
قهرا لم يضمن لانه غير مفرط في ذلك فان اكره حتى سلمها بنفسه ففيه وجهان بناء على القولين فيمن اكره
حتى اكل في الصوم احدهما انه يضمن لانه دفع الوديعة على صاحبها ليدفع الضرر عن نفسه فاشبه
اذا انفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع والثاني انه لا يضمن لانه مكره فاشبه اذا اخذت بغير فعل
من جهته فصل وان طالبه المودع برد الوديعة فاخر من غير عذر ضمن لانه مفرط فان
اخرها لعذر لم يضمن لانه غير مفرط فصل اذا تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك
التعدي لم يبرا من الضمان لانه ضمن العين بالعدوان فلم يبرا بالرد الى المكان كما لو غصب
من داره شيئا ثم رده الى الدار فان قال المودع ابراتك من الضمان او اذنت لك في حفظها ففيه
وجهان احدهما يبرا من الضمان وهو ظاهر النص لان الضمان لحقه فسقط باسقاطه والثاني
انه لا يبرا حتى يردها اليه لان الابراء انما يكون من حق في الذمة ولا حق له في الذمة فلم
يبرا فصل اذا اختلف المودع والمودع فقال اودعتك وديعة فانكرها المودع فالقول
قوله لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو ان الناس اعطوا بدعاويهم لادعى
ناس من الناس دماء ناس واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ولان الاصل انه
لم يودعه فكان القول قوله وان ادعى انها تلفت نظرت فان ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب
والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق لان الاصل ان لا نهب ولا حريق ويمكن
اقامة البينة عليها فلم يقبل قوله من غير بينة فان اقام البينة على ذلك او ادعى الهلاك
بسبب خفي فالقول قوله مع اليمين انها هلكت لان الهلاك يتعذر اقامة البينة عليه فقبل
قوله مع يمينه فصل وان اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه لانه اخذ العين لمنفعة
المالك فكان القول قوله في الرد وان ادعى عليه انه اودعه فانكر الايداع فاقام المودع بينة

بالايداع فقال المودع صدقت البينة اودعني ولكنها تلفت او رددتها عليك لم يقبل قوله لانه
صار خائنا ضامنا فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك فان قال انا اقيم البينة بالتلف او الرد
١٧١ ففيه وجهان احدهما تسمع لانه لو صدقه المدعي ثبتت براءته فاذا قامت البينة سمعت
والثاني لا تسمع لانه كذب البينة بانكار الايداع فاما اذا ادعى عليه انه اودعه فقال ما له
عندي شيء فاقام عليه البينة بالايداع فقال صدقت البينة اودعني ولكنها تلفت او رددتها
قبل قوله مع اليمين لانه صادق في انكاره انه لا شيء له عنده لانها اذا تلفت او ردها عليه لم يبق
له عنده شيء

كتاب العارية

الاعارة قربة
مندوب اليها لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وروى جابر رضي الله عنه قال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ما من صاحب ابل لا يفعل فيها حقها الا جاءت يوم القيامة
اكثر ما كانت بقاع قرقر تستن عليه بقوائمها واخفافها قال رجل يا رسول الله ما حق الابل
قال حلبها على الماء واعارة دلوها واعارة فحلها **فصل** ولا تصح الاعارة الا من جائز التصرف
في المال فاما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لانه تصرف في المال
فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع **فصل** وتصح الاعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها كالدور
والعقار والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للضراب لما روى جابر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر اعارة دلوها واعارة فحلها وروى انس رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار من ابي طلحة فرسا له فركبه وروى صفوان ان النبي
صلى الله عليه وسلم استعار منه ادراعا في غزاة حنين فثبت في هذه الاشياء بالخبر وقسنا
عليها كل ما ينتفع به مع بقاء عينه **فصل** ولا تجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم
محرم لانه لا يؤمن ان يخلو بها فيواقعها وان كانت قبيحة او كبيرة لا تشتهى لم يحرم لانه يؤمن
عليها الفساد ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر لانه لا يجوز ان يخدمه ولا تجوز اعارة الصيد
من المحرم لانه لا يجوز له امساكه والتصرف فيه ويكره ان يستعير احد ابويه للخدمة لانه يكره
ان يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك **فصل** ولا تنعقد الا بايجاب وقبول لانه ايجاب
حق لآدمي فلا يصح الا بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة وتصح بالقول من احدهما والفعل من الآخر

فقال المستعير اعرني فسلمها اليه المعير انعقد وان قال المعير اعرتك فقبضها المستعير انعقد
لانه اباحة للتصرف في ماله فصح بالقول من احدهما والفعل من الآخر كاباحة الطعام **فصل**
واذا قبض العين ضمنها لما روى صفوان ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه ادراعا
يوم حنين فقال اغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة ولانه مال الغير اخذه لمنفعة نفسه لا
على وجه الوثيقة فضمنه كالمغصوب فان هلكت نظرت فان كان مما لا مثل له ففيه وجهان ١٧٢
احدهما انه يضمنها باكثر ما كانت قيمتها من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب ونصره
لان الاجزاء تابعة للعين ان سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الاجزاء وان وجب ضمانها بالتلف وجب
ضمان الاجزاء والثاني انها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح لانا لو الزمناه قيمتها اكثر
ما كانت من حين القبض الى حين التلف اوجبنا ضمان الاجزاء التالفة بالاذن وهذا لا يجوز ولهذا
لو كانت العين باقية وقد نقصت اجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وان كان مما له مثل فان قلنا
فيما لا مثل له انه يضمن باكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها وان قلنا انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها
بقيمتها واختلف اصحابنا في ولد المستعارة فمنهم من قال انه مضمون لانها مضمونة فضمن ولدها
كالمغصوبة ومنهم من قال لا يضمن لان الولد لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ويخالف المغصوبة
فان الولد يدخل في الغصب فدخل في الضمان فان غصب عينا فاعارها غيره ولم يعلم المستعير
وتلفت عنده فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب لانه دخل على ان يضمن العين
وان ضمنه اجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب فيه قولان بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه
الى غيره احدهما يرجع لانه غره والثاني لا يرجع لان المنافع تلفت بيده **فصل** ويجوز
للمعير ان يرجع في العارية بعد القبض ويجوز للمستعير ان يرد لانه اباحة فجاز لكل واحد منهما
رده كاباحة الطعام واذا انفسخ العقد وجب الرد على المستعير لما روى ابن عباس رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن امية ادراعا وسلاحا فقال
اعارية مؤداة قال عارية مؤداة ويجب ردها الى المعير او الى وكيله فان ردها الى المكان الذي
اخذها منه لم يبرأ من الضمان لانه يلزمه رده الى المالك او الى وكيله كالمغصوب والمسروق
فصل وان استعار عينا جاز له ان يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لان الوكيل نائب عنه وهل

١٧٣

ان يعير غيره فيه وجهان احدهما يجوز كما يجوز للمستاجر ان يوجر والثاني لا يجوز وهو الصحيح لانه اباحة فلا يملك بها الاباحة لغيره كاباحة الطعام وتخالف المستاجر فانه يملك المنافع ولهذا يملك ان ياخذ عليه العوض فملك نقله الى غيره كالمشتري للطعام والمستعير لا يملك ولهذا لا يملك اخذ العوض عليه فلا يملك نقله الى غيره كمن قدم اليه الطعام

فصل ويجوز الاعارة مطلقا ومعينا لانه اباحة فجاز مطلقا ومعينا كاباحة الطعام فان قال اعرتك هذه الارض لتنتفع بها جاز له ان يزرع ويغرس ويبني لان الاذن مطلق وان استعار للبناء والغراس جاز له ان يزرع لان الزرع اقل ضررا من الغراس والبناء فاذا رضي بالغراس والبناء رضي بالزرع ومن اصحابنا من قال ان استعار للبناء لم يزرع لان في الزرع ضررا ليس في البناء وهو انه يرخي الارض وان استعار للزرع لم يغرس ولم يبن لان الغراس والبناء اكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن في الزرع اذنا في الغراس والبناء وان استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة لان الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله وان استعار للغراس او البناء ملك ما اذن فيه منهما وهل يملك الاخر فيه وجهان احدهما انه يملك الاخر لان الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتابيد فكان الاذن في احدهما اذنا في الاخر والثاني انه لا يجوز لان في كل واحد منهما ضررا ليس في الاخر فان ضرر الغراس في باطن الارض اكثر وضرر البناء في ظاهر الارض اكثر فلا يملك بالاذن في احدهما الاخر

فصل وان اعاره ارضا للغراس او البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز ان يغرس ويبني لانه يملك الغرس والبناء بالاذن وقد زال الاذن واما ما غرس وبنى فينظر فيه فان كان قد شرط عليه القلع اجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم ولانه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع واذا قلع لم يلزمه تسوية الارض لانه لما شرط عليه القلع رضي بما يحصل بالقلع من الحفر ولانه ماذون فيه فلا يلزمه ضمان ما يحصل به من النقص كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه وان لم يشترط القلع نظرت فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع لانه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار فوجب ردها وان نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت فان اختار المستعير القلع كان له ذلك لانه ملكه فملك نقله فاذا قلع فهل يلزمه تسوية الارض فيه وجهان احدهما لا يلزمه لانه لما اعار مع العلم

١٧٤

بان له ان يقلع كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم يلزمه التسوية كما لو شرط القلع والثاني يلزمه لان القلع باختياره فانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الارض كما لو خرب ارض غيره من غير غراس وان لم يختر القلع نظرت فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الارض اجبر المستعير عليه لانه رجوع في العارية من غير اضرار وان ضمن ارش النقص بالقلع اجبر المستعير على القلع لانه رجوع في العارية من غير اضرار وان بذل الاجير القيمة لياخذ الغراس مع الارض وبذل المستعير قيمة الارض لياخذها مع الغراس قدم المعير لان الغراس يتبع الارض في البيع فجاز ان يتبعها في التملك والارض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك وان امتنع المعير من بذل القيمة وارش النقص وبذل المستعير اجرة الارض لم يجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق وهذا ليس بظالم فوجب ان يكون له حق ولانه غراس ماذون فيه فلا يجوز الاضرار به في قلعه وان لم يبذل المستعير الاجرة ففيه وجهان احدهما لا يقلع لان الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والثاني يقلع لانه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير اجرة

فصل اذا اقر الغراس في ملكه فاراد المعير ان يدخل الى الارض للتفرج او الاستظلال بالغراس لم يكن للمستعير منعه لان الذي استحق المستعير من الارض موضع الغراس فاما الساحة فلا حق للمستعير فيها فكان للمالك دخوله وان اراد المستعير دخولها نظرت فان كان للتفرج لم يجز لانه قد رجع في الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن وان كان لاصلاح الغراس او اخذ الثمار ففيه وجهان احدهما لا يملك لان حقه اقرار الغراس والبناء دون ما سواه والثاني انه يملك وهو الصحيح لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه واخذ ثماره وان اراد المعير بيع الارض جاز لانه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها وان اراد المستعير بيع الغراس من غير المعير ففيه وجهان احدهما لا يجوز لانه ملك لا حق فيه لغيره والثاني لا يجوز لان ملكه غير مستقر لان للمعير ان يبذل له قيمة الغراس والبناء فياخذهما والصحيح هو الاول لان عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشتري بيعه وان جاز ان ينتزعه الشفيع بالشفعة

فصل وان حمل السيل طعام رجل الى ارض اخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع فيه وجهان احدهما لا يجبر لانه غير مفرط في انباته والثاني يجبر وهو الصحيح

لانه يشغل ملك غيره بملكه من غير اذن فأجبر على ازالته كما لو كان في داره شجرة فانتشرت اغصانها في هواء دار غيره فصل وان اعار ارضاً للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية قبل ان يدرك الزرع وطالبه بالقلع ففيه وجهان احدهما انه كالغراس في التبقية والقلع والارش والثاني انه يجبر المعير على التبقية باجرة المثل لان للزرع وقتاً ينتهي اليه وليس للغراس وقت ينتهي اليه فلو اجبرناه على التبقية عطلنا عليه ارضه فصل وان اعار حائطاً ليضع عليه اجذاعاً فوضعها لم يملك اجباره على قلعها لانها تراد للبقاء فلم يجبر على قلعها كالغراس وان ضمن المعير قيمة الاجذاع ليأخذها لم يجبر المستعير على قبولها لان احد طرفيها في ملكه فلم يجبر على اخذ قيمته وان تلفت الاجذاع واراد ان يعيد مثلها على الحائط لم يجز الا باذن لان الاذن تناول الاول دون غيره وان انهدم الحائط وبناه لم يجز ان يضع الاجذاع على الثاني لان الاذن تناول الاول ومن اصحابنا من قال يجوز لان الاعارة اقتضت التأبيد والمذهب الاول فصل وان وجدت اجذاع على الحائط ولم يعرف سببها ثم تلفت جاز اعادة مثلها لان الظاهر انها بحق ثابت فصل اذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فاعاره ففيه قولان احدهما انه ضمان وان المالك قد ضمن الدين عن الراهن في رقبة عبده لان العارية ما تستحق به منفعة العين والمنفعة هاهنا للمالك فدل على انه ضمان والثاني انه عارية لانه استعاره ليقضي به حاجته فهو كسائر العواري فان قلنا انه ضمان لم يصح حتى يبين جنس الدين وقدره ومحله لانه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك وان قلنا انه عارية لم يفتقر الى ذلك لانه عارية فلا يعتبر العلم فيه بذلك وان عين له جنساً وقدراً ومحلاً تعين على القولين لان الضمان والعارية يتعينان بالتعيين فان خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد على ما لم ياذن فيه وان خالفه في المحل بان اذن له في دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح لانه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال وان اذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح لانه لا يرضى ان يحال بينه وبين عبده الى اجل فان خالفه في القدر بان اذن له في الرهن بعشرة فرهن بما دونها جاز لان من رضي ان يقضي عن غيره عشرة رضي ان يقضي ما دونها وان رهنه بخمسة عشر لم يصح لان من رضي بقضاء عشرة لم يرض بما زاد فصل وان رهن العبد باذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك

على القولين في الحال لان للمعير ان يرجع في العارية وللضامن ان يطالب بتخليصه من الضمان فان رهنه باذنه بدين مؤجل فان قلنا انه عارية جاز له المطالبة بالفكاك لان للمعير ان يرجع متى شاء وان قلنا انه ضمان لم يطالبه قبل المحل لان الضامن الى اجل لا يملك المطالبة قبل المحل فصل وان بيع في الدين فان قلنا انه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها وان قلنا انه ضمان رجع بما بيع به سواء بيع بقدر قيمته او باقل او باكثر لان الضامن يرجع بما غرم ولم يغرم الا ما بيع به فصل وان تلف العبد فان قلنا انه عارية ضمن قيمته لان العارية مضمونة بالقيمة وان قلنا انه ضمان لم يضمن شيئاً لانه لم يغرم شيئاً فصل وان استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضاه خمسين على ان تخرج حصة احدهما من الرهن ففيه قولان احدهما لا تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه دون بعض والثاني تخرج نصفه لانه لم ياذن كل واحد منهما الا في رهن نصيبه بخمسين فلا يصير رهناً باكثر منه فصل اذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك اكريتكها فلي الاجرة وقال الراكب بل اعرتنيها فلا اجرة لك فقد قال في العارية القول قول الراكب وقال في المزارعة اذا دفع ارضه الى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك اكريتكها وقال الزارع بل اعرتنيها فالقول قول المالك فمن اصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الدابة القول قول الراكب وقال في الارض القول قول المالك لان العادة ان الدواب تعار فالظاهر فيها مع الراكب والعادة في الارض انها تكرى ولا تعار فالظاهر فيها مع المالك ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين وهو اختيار المزني احدهما ان القول قول المالك لان المنافع كالاعيان في الملك والعقد عليها ثم اذا اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الاخر بل وهبتنيها كان القول قول المالك فكذلك اذا اختلفا في المنافع والثاني ان القول قول المتصرف لان المالك اقر بان المنافع له ومن اقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضاً لم يقبل قوله فان قلنا ان القول قول المالك حلف ووجبت له الاجرة وفي قدر الاجرة وجهان احدهما المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها والثاني تجب اجرة المثل وهو المنصوص لانهما لو اتفقا على الاجرة واختلفا في قدرها وجبت اجرة المثل فلان تجب اجرة المثل وقد اختلفا في الاجرة اولى فان نكل عن اليمين لم ترد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعي حقاً فلم ترد عليه وان قلنا ان القول قول المتصرف حلف وبرئ

من الاجرة فان نكل ردّ اليمين على المالك فاذا حلف استحق المسمّا جميعا واحد ليس يمينه بعد النكول كالبينة
في احد القولين وكالاقرار من الاجر وانما كان وجب المسمّا وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا فان قلنا ان القول
قول المالك حكم له بالاجرة وان قلنا ان القول قول الراكب فهل يلزمه اقل الامرين من الاجرة او القيمة فيه وجهان
احدهما يلزمه لانفاقهما على استحقاقه والثاني لا يحكم له بشي لانه يدعي القيمة ولا يستحق الاجرة فصل
وان قال المالك غصبتنيها فعليك الاجرة وقال المتصرف بل اعرتنيها فلا اجرة علي فان الحرمي نقل ان
القول قول المستعير واختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال المسئلة على الطريقين اللذين ذكرناهما في المسئلة قبلها واحدهما
الفرق بين الارض والدابة والثاني انهما على قولين لان الحكاية في المسئلتين جميعا في وجوب الاجرة والمالك
يدعي وجوبهما والمتصرف ينكر فيجب ان لا اختلاف في الطريقين ومنهم من قال ان القول قول المالك وما نقل المزني
غلط لانه في تلك المسئلة اقر المالك للمتصرف بملك المنافع ولا يقبل قوله في دعوى العوض وها هنا اختلفا
ان المالك للمالك او المتصرف والاصل انها مال المالك فصل وان اختلفا فقال المالك اعرتكها وقال الراكب
بل اجرتنيها فالقول قول المالك لانهما اتفقا ان الملك له واختلفا في صفة انتقال اليد فكان القول قول
المالك فان كانت العين باقية حلف واخذ وان كانت تالفة نظرت فان لم تمض مدة لمثلها اجرة
حلف واستحق القيمة وان مضت مدة لمثلها اجرة فالمالك يدعي القيمة والراكب
يقر له بالاجرة فان كانت القيمة اكثر من الاجرة لم يستحق شيئا حتى يحلف وان كانت القيمة مثل الاجرة او
اقل منها ففيه وجهان احدهما يستحق من غير يمين لانهما متفقان على استحقاقه والثاني لا يستحق
من غير يمين لانه اسقط حقه من الاجرة وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب منكر فلم يستحق من غير يمين فصل
وان اختلفا فقال المالك غصبتنيها فعليك ضمانها واجرة مثلها وقال الراكب بل اجرتنيها فلا يلزمني
ضمانها ولا اجرة مثلها فالقول قول المالك لان الاصل انه ما اجره فان اختلفا وقد تلفت العين حلف واستحق
القيمة وان بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا فالمالك يدعي اجرة المثل والراكب يقر بالمسمّا فان كانت اجرة المثل اكثر
من المسمّا لم يستحق الزيادة حتى يحلف وان لم تكن اكثر استحق من غير يمين لانهما متفقان على استحقاقه كتاب
الغصب
الغصب محرم لما روى ابو بكرة رضي الله عنه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان دماءكم واموالكم عليكم حرام
كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا وروى ابو حميد الساعدي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لا يحل لامرئ ان يأخذ مال اخيه بغير طيب نفس منه فصل ومن غصب مال غيره وهو من اهل الضمان في حقه ضمنه لما روى سمرة

رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال على اليد ما اخذت حتى ترده فصل فان كان له
منفعة تستباح بالاجارة فاقام في يده مدة لمثلها اجرة ضمن الاجرة لانه يطلب بدلها بعقد المعاوضة
فضمن بالغصب كالاعيان فصل وان كان المغصوب باقيا لزمه رده لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ احدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا
واذا اخذ عصا اخيه فليردها فان اخلف قيمته من حين الغصب الى حين الرد لم يلزمه ضمان ما
نقص من قيمته وقال ابو ثور من اصحابنا يضمن كما يضمن زيادة العين وهذا خطأ لان الغاصب يضمن ما غصب والقيمة
لا تدخل في الغصب لانه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين والعين باقية كما كانت فلم
يلزمه شيء فصل وان تلف في يد الغاصب او اتلفه لم يخل اما ان يكون له مثل او لا مثل له فان لم يكن له مثل
نظرت فان كان من غير جنس الاثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه واعطى شركاه
حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق عليه ما عتق فاوجب القيمة في العبد بالاتلاف بالعتق ولان ايجاب
مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة فكانت القيمة اقرب الى ايفاء حقه وان اختلفت
قيمته من حين الغصب الى حين التلف ضمنه باكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه غاصب في الحال التي زادت
فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها كالحالة التي غصبه فيها وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلف العين فيه لانه
موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده وان كان من جنس الاثمان نظرت فان لم يكن فيه صنعة كالسبيكة
والنقرة فان كان نقد البلد من غير جنسه او من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة لانه ليس
في تضمينه بالقيمة ما يؤدي الى الربا فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الاثمان وان كان نقد البلد من جنسه واذا قوم
زادت قيمته على وزنه قوم بجنس اخر حتى لا يؤدي الى الربا وان كان فيه صنعة نظرت فان كانت صنعة محرمة
ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة لان الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها وان كانت صنعة مباحة
فان كان النقد من غير جنسه او من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته لانه لا يؤدي الى الربا
والثاني انه يضمن بقيمته من جنسه بالغا ما بلغ وهو الصحيح لان الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة
فلا يؤدي الى الربا فصل وان كان مما له مثل كالحبوب والادهان ضمن بالمثل لان ايجاب المثل
رجوع الى المشاهدة والقطع وايجاب القيمة رجوع الى الاجتهاد والظن واذا امكن الرجوع الى القطع

لم يرجع إلى الاجتهاد كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما لا
مثل له كالتمر إذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة إذا جعلها دقيقا وقلنا إنه لا مثل له ثم تلف لزمه
مثل الأصل لأن العود إلى المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة وإن غصب ما لا مثل له واتخذ منه ما له مثل
كالرطب إذا جعله تمرا ثم تلف لزمه مثل التمر لأن المثل أقرب إليه من قيمة الأصل وإن غصب ما له مثل واتخذ
منه ما له مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل
السمسم وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين فرجع بما شاء منهما وإن
وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة لأن الواجب هو المثل
وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبر وقت الحكم ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين
تعذر المثل كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ومنهم من قال تضمن
قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم كما أن الواجب
في المغصوب رد العين إلى وقت التلف ثم تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف
فيجب أن تعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم ومنهم من قال إن كان ذلك مما يكون في وقت
وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة وإن كان
مما لا ينقطع عن أيدي الناس وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم
وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين أحدهما لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل
كعدمه كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة والثاني يلزمه لأن المثل كالعين ولو احتاج في
رد العين إلى أضعاف قيمته لزمه فكذلك المثل فصل وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر
رده بأن كان عبدا فأبق أو بهيمة فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة لأنه حيل بينه
وبين ماله فوجب البدل كما لو تلف وإذا قبض البدل ملكه لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف
ولا يملك الغاصب المغصوب لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملك بالتضمين كالتالف فإن رجع المغصوب
وجب رده على المالك وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة إلى أن رده فيه وجهان أحدهما
لا يلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته والثاني يلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله
بسبب كان في يد الغاصب فلزمه ضمانها كما لو لم يدفع إليه القيمة وإذا رد المغصوب وجب على المـ

بأن دفع إليه عن القيمة حيوانا أو ثمن

منه رد البدل لأنه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد وإن زاد البدل في يده نظرت فإن كانت
الزيادة متصلة كالسمن وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب وهذا
فسخ وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب فصل
وإن نقص المغصوب نقصانا تنقص به القيمة نظرت فإن كان من غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصانا
مستقرا أو غير مستقر فإن كان مستقرا بأن كان ثوبا فتخرق أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاما
فطحن فنقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة
فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب
وطالبه ببدله لم يكن له ذلك ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه إن له أن يتركه ويطالبه بمثل
طعامه لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق والمذهب الأول لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببدله
كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت وإن كان نقصانا غير مستقر كطعام ابتل وخيف عليه الفساد
فقد قال في الأم للمغصوب منه مثل مكيلته وقال في البيع فيه قولان أحدهما يأخذه وأرش النقص فمن أصحابنا
من قال هو على قولين أحدهما يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق والثاني يأخذ مثل مكيلته لأنه
يتزايد فساده إلى أن يتلف فصار كالمستهلك ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولا واحدا لأنه لا
يتبين ما له الربا وإن كان في الرقيق نظرت فإن لم يكن له أرش مقدر كذهاب البكارة والجنايات
التي ليس لها أرش مقدر رده وأرش ما نقص لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن ما نقص كالثوب
إذا تخرق وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد نظرت فإن كان قد ذهب من غير جناية رده وما
نقص من قيمته ومن أصحابنا من قال يرده وما في الجناية والمذهب الأول لأن ضمان اليد ضمان المال ولهذا لا
يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس فلم يجب فيه أرش مقدر وإن ذهب بجناية بأن غصبه
ثم قطع يده فإن قلنا إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة لأن اليد في الجناية تضمن بنصف
بدل النفس وإن قلنا إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته لأنه
وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضمانا وإن غصب عبدا يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي
ألفا ثم قطع يده لزمه خمسمائة لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه
بقطع اليد فوت نصفه فضمنه بزيادة السوق فصل وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت فإن

كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة مثل ان غصب عبدا فقطع انثييه
ولم تنقص قيمته او غصب صاعا من زيت فاغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته لزمه في الانثيين
قيمة العبد وفي الزيت نصف صاع لان الواجب في الانثيين مقدر بالقيمة والواجب في الزيت مقدر
بما نقص من الكيل فلزمه ما تقدر به وان كان ما نقص لا يضمن الا بما نقص من القيمة فنقص 181
ولم تنقص القيمة كالسمين المفرط اذا انقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شيء لان السمن يضمن بما نقص
من القيمة ولم ينقص من القيمة شيء فلم يلزمه شيء واختلف اصحابنا فيمن غصب صاعا من عصير فاغلاه
فنقص نصفه ولم تنقص قيمته فقال ابو علي الطبري يلزمه نصف صاع كما قلنا في الزيت وقال ابو العباس
لا يلزمه شيء لان نقص العصير باستهلاك مائيته ورطوبته لا قيمة لها واما حلاوته فهي باقية لم
تنقص ونقصان الزيت باستهلاك اجزائه ولاجزائه قيمة فضمنها بمثلها فصل وان تلف بعض
العين ونقصت قيمة الباقي بان غصب ثوبا تنقص قيمته بالقطع بنصفين ثم تلف احد النصفين لزمه قيمة
التالف اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ورد الباقي وارش ما نقص لانه نقص حدث
بسبب تعدى به فضمنه وان كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فاتلف رجل احدهما والقيمة فصار
قيمة الباقي درهمين ففيه وجهان احدهما يلزمه درهمان لان الذي اتلفه قيمته درهمان والثاني يلزمه
ثمانية وهو المذهب لانه ضمن احدهما بالاتلاف ونقص قيمة الاخر بسبب تعدى به فلزمه ضمانه
فصل وان غصب ثوبا فلبسه وابلاه ففيه وجهان احدهما يلزمه اكثر الامرين من الاجرة او
ارش ما نقص لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة الاجرة ولهذا لا يضمن المستاجر ارش الاجزاء والثاني
تلزمه الاجرة وارش ما نقص لان الاجرة بدل المنافع والارش بدل الاجزاء فلم يدخل احدهما في الاخر
كالاجرة وارش ما نقص من السمن فصل وان نقصت العين ثم زال النقص بان كانت جارية سمينة
فهزلت ونقصت قيمتها ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان احدهما يسقط عنه الضمان وهو قول
ابي علي بن ابي هريرة لانه زال ما وجب الضمان فسقط الضمان كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض
والثاني لا يسقط وهو قول ابي سعيد الاصطخري لان السمن الثاني غير الاول فلا يسقط به ما وجب بالاول
وان سمنت ثم هزلت ثم سمنت ثم هزلت ضمن اكثر السمنين قيمة في قول ابي علي لان بعود السمن يسقط ما في مقابلته
من الارش ويضمن السمنين في قول ابي سعيد لان السمن الثاني غير الاول فلزمه ضمانهما فصل وان

استحق قطع يده فقطع في يد المشتري

غصب عبدا جنى على انسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى في جنايته فان كانت الجناية
على النفس واقيد به ضمن الغاصب قيمته لانه تلف بسبب كان في يده وان كان في الطرف فاقيد منه ضمن وفي
الذي يضمن وجهان احدهما ارش العضو في الجناية والثاني ما نقص من قيمته لانه ضمان وجب باليد لا بالجناية
لان القطع في القصاص ليس بجناية وقد بينا الوجهين فيما تقدم فان عفي عن القصاص على مال لزم
الغاصب ان يفديه لانه حق تعلق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه فصل واذا زاد المغصوب
في يد الغاصب بان كانت شجرة فاثمرت او جارية فسمنت او ولدت ثم تلف ضمن ذلك كله لانه مال المغصوب
منه حصل في يده بالغصب فضمنه بالتلف كالعين المغصوبة وان اسقطت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان
احدهما انه يضمنه بقيمته يوم الوضع لو كان حيا وهو ظاهر النص لانه غصبه بغصب الام فضمنه
بالتلف كالام والثاني لا يضمنه وهو قول ابي اسحاق لانه انما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك وهو
حال الوضع ولا قيمة له في تلك الحالة فلم يضمن وحمل النص عليه اذا القته حيا ثم مات فصل وان
غصب دراهم واشترى سلعة في الذمة ونقد الدراهم في ثمنها وربح ففي الربح قولان قال في القديم هو
للمغصوب منه لانه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد فعلى هذا يضمنه الغاصب اذا تلف في يده
كالثمرة والولد وقال في الجديد هو للغاصب لانه بدل ماله فكان له فصل وان غصب عبدا
فاصطاد صيدا فالصيد لمولاه لان يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده وهل يلزم الغاصب
اجرة العبد للمدة التي اصطاد فيها فيه وجهان احدهما يلزمه لانه اتلف عليه منافعه والثاني لا يلزمه
لان منافعه صارت الى المولى وان غصب جارحة كالفهد والبازي فاصطاد بها صيدا ففي صيده 182
وجهان احدهما انه للغاصب لانه هو المرسل والجارحة آلة فكان الصيد له كما لو غصب قوسا
فاصطاد بها وعليه اجرة الجارحة لانه اتلف على صاحبها منافعها والثاني ان الصيد للمغصوب منه لانه
كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا في اجرته وجهان على ما ذكرناه في العبد فصل وان غصب عينا فاستحالت
عنده بان كان بيضا فصار فرخا او كان حبا فصار زرعا او كان زرعا فصار حبا فللمغصوب منه ان يرجع به لانه
عين ماله فان نقصت قيمته بالاستحالة رجع بارش النقص لانه حدث في يده وان غصب عصيرا فصار خمرا ضمن العصير بمثله
لانه بالانقلاب خمرا اسقط قيمته كما لو غصب حيوانا فمات فان صار الخمر خلا رده وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل
فيه وجهان احدهما يلزمه لان الخل غير العصير ولا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير والثاني لا يلزمه لان الخل

عن العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير وعلى هذا ان كان قيمة الخل دون قيمة العصير رد
مع الخل ارش النقص فصل وان غصب شيئا فعمل فيه عملا زادت به قيمته بان كان ثوبا فقصره
او قطنا فغزله او غزلا فنسجه او ذهبا فصاغه حليا او خشبا فعمل منه بابا رده على المالك
لانه عين ماله ولا يشاركه الغاصب بسبب عمله لانه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه الغاصب
فيه فصل وان غصب شيئا فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه بان غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع
من زيته او صاعا من الطعام فخلطه بصاع من طعامه نظرت فان خلطه بمثله في القيمة فله ان يدفع
اليه صاعا منه لانه تعذر بالاختلاط عين ماله فجاز ان يدفع اليه البعض من ماله والبعض من
مثله فان اراد ان يدفع اليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ففيه وجهان احدهما وهو
المنصوص ان الخيار الى الغاصب لانه تعذر عليه رد عين ماله فجاز ان يدفع اليه مثله كما لو هلك
والثاني وهو قول ابي اسحق وابي علي بن ابي هريرة انه يلزمه ان يدفع اليه صاعا منه لانه يقدر ان
يدفع اليه بعض ماله فلا ينتقل الى البدل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه وان خلطه باجود
فان بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله لانه دفع اليه بعض ماله وبعض مثله خيرا
منه وان بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعا منه ففيه وجهان احدهما وهو المنصوص
في الغصب ان الخيار الى الغاصب لانه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل والثاني انه يباع
الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتيهما وهو المنصوص في المفلس لانا اذا فعلنا ذلك اوصلنا كل
واحد منهما الى عين ماله واذا امكن الرجوع الى عين المال لم يلزم الرجوع الى البدل فان كان ما يخص
المغصوب منه من الثمن اقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب لانه نقص بفعله
فلزمه ضمانه وعلى هذا الوجه ان طلب المغصوب منه ان يدفع اليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله
ففيه وجهان احدهما لا يجوز وهو قول ابي اسحق لانه ياخذ بعض صاع عن صاع والثاني انه يجوز لان الربا انما يكون
في البيع وليس هذا ببيع وانما ياخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فاخذ بعضه وترك البعض
فصل وان خلطه بما دونه فان طلب المغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب اجبر على الدفع لانه رضي
باخذ حقه ناقصا وان طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب اجبر على دفع مثله لان المختلط دون حقه فلا يلزمه
اخذه ومن اصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتيهما ليصل كل واحد منهما الى عين ماله وان نقص

وهذان الوجهان هما الوجهان فيما اذا خلطه بمثله وطلب المغصوب منه صاعا منه وطلب الغاصب صاعا من غيره معرب

ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة لانه نقص بفعله فصل وان غصب شيئا فخلطه
بغير جنسه فان امكن تمييزه كالحنطة اذا اختلطت بالشعير او الحنطة البيضاء اذا اختلطت بالحنطة السمراء
لزمه تمييزه ورده لانه يمكنه رد العين فلزمه وان لم يمكن تمييزه كالزيت اذا خلطه بالشيرج
لزمه مثله من غيره لانه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل الى مثله ومن اصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن
بينهما على قدر قيمتيهما ليصل كل واحد منهما الى عين ماله كما قلنا في القسم قبله فصل وان غصب دقيقا
فخلطه بدقيق ففيه وجهان احدهما ان الدقيق له مثل وهو قول ابي العباس وظاهر النص لان تفاوته في النعومة والخشونة
ليس باكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره وعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة اذا خلطها
بالحنطة وقد بيناه والثاني انه لا مثل له وهو قول ابي اسحق لانه يتفاوت في الخشونة والنعومة ولهذا
لا يجوز بيع بعضه ببعض وعلى هذا اختلف اصحابنا فيما يلزمه فمنهم من قال يلزمه قيمته لانه تعذر رده
بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال يصيران شريكين فيه فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما
ذكرناه في الزيت اذا خلطه بالشيرج فصل وان غصب ارضا فغرس فيها غراسا او بنى فيها بناء
فدعا صاحب الارض الى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك لما روى سعيد بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ليس لعرق ظالم حق فان قلعه فقد قال في الغصب يلزمه ارش ما نقص من الارض وقال في البيع اذا
قلع الاحجار المستودعة فيه تسوية الارض فمن اصحابنا من جعلهما على قولين احدهما يلزمه ارش النقص
لانه نقص بفعل مضمون فلزمه ارشه والثاني يلزمه تسوية الارض لان جبران النقص بالمثل اولى
من جبرانه بالقيمة ومنهم من قال يلزمه في الغصب ارش ما نقص وفي البيع يلزمه تسويته لان الغاصب
متعد فغلظ عليه بالارش لانه اوفى والبائع غير متعد فلم يلزمه اكثر من التسوية وان كان الغراس
لصاحب الارض فطالبه بالقلع فان كان له غرض في قلعه اخذ بقلعه لانه فوت عليه بالغراس
غرضا مقصودا في الارض فاخذ باعادتها الى ما كانت وان لم يكن له غرض ففيه وجهان احدهما
لا يؤخذ بقلعه لان قلعه من غير غرض سفه وعبث والثاني يؤخذ به لان المالك محكم في ملكه والغاصب
غير محكم فوجب ان يؤخذ به فصل وان غصب ارضا وحفر فيها بئرا فطالبه صاحب الارض
بطمها لزمه طمها لان التراب ملكه وقد نقله من موضعه فلزمه رده الى موضعه فان اراد الغاصب
طمها وامتنع صاحب الارض اجبر وقال المزني لا يجبر كما لو غصب غزلا ونسجه لم يجبر المالك على نقضه

وهذا غير صحيح لانه لم غرضا على طمها وهو ان يسقط عنه ضمان من يقع فيها كما لو نقص التراب
فان ابراه صاحب الارض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان احدهما يصح الابراء لانه لما سقط
الضمان اذا اذن في حفرها سقط عنه اذا ابراه منها والثاني انه لا يصح لان الابراء انما يكون من
واجب ولم يجب شيء فلم يصح الابراء فصل اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده نظرت
فان لم تزد قيمة الثوب والصبغ ولم تنقص بان كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة
فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين صار شريكا لصاحب الثوب بالصبغ لان الصبغ عين مال له قيمة
فان بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين وان زادت قيمتهما بان صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة في
ملكيهما لانه بفعله زاد ماله ومال غيره وما زاد في ماله يملكه لانه حصل بعمل عمله لنفسه في ماله
فان بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين وان نقصت قيمتهما بان صار الثوب يساوي خمسة عشر حسب
النقصان على الغاصب في صبغه لانه بفعله حصل النقص فان بيع الثوب خمسة عشر دفع الى صاحب
الثوب عشرة والى الغاصب خمسة فان صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب فان بيع
الثوب بعشرة دفع العشرة كلها الى صاحب الثوب لانه اما ان يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك
او نقص به قيمة الثوب فلزمه ان يجبر ما نقص من قيمة الثوب فان صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بالصبغ
شيئا لانه استهلكه في الثوب ويلزمه درهمان لانه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان فصل
اذا استهلك الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق لان ماله هو الصبغ وقد استهلكه وان بقي للصبغ
ثمن فطلب الغاصب استخراجه اجبر على ذلك لانه عين ماله فكان له اخذه كما لو غرس في ارض مغصوبة
غراسا ثم اراد قلعه فان نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لانه حصل بسبب من جهته وان
طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ففيه وجهان احدهما لا يجبر وهو قول ابي العباس
لان الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به الى ذلك لانه يمكنه ان يستوفي حقه بالبيع فلا يجوز ان يتلف
مال الغير والثاني يجبر وهو قول ابي اسحق وابي علي بن خيران لانه عرق ظالم لا حق له فيه فاجبر على قلعه
كالغراس في الارض المغصوبة وان بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول
لانه اجبار على بيع ماله فان اراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع لانه يملك ولا يملك
الغاصب ان يمنعه من بيعه بتعديه وان اراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان

احدهما يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب المال الى ثمن ثوبه
والثاني لا يجبر لانه متعد فلم يستحق بتعديه ازالة ملك رب الثوب عن ثوبه وان وهب الغاصب الصبغ
من صاحب الثوب ففيه وجهان احدهما يجبر على قبوله لانه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب
والثاني لا يجبر لانه هبة عين فلا يجبر على قبولها فصل وان غصب ساجا فادخله في البناء او
خيطا فخاط به شيئا نظرت فان عفن الساج وبلي الخيط لم يرده لانه صار مستهلكا فسقط رده
ووجبت قيمته وان كان باقيا على جهته نظرت فان كان الساج في البناء والخيط في ثوب وجب نزعه
ورده لانه مغصوب يمكن رده فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به وان غصب خيطا
فخاط به جرح حيوان فان كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده
لانه لا حرمة له فكان كالثوب وان كان محرم الدم فان كان مما لا يؤكل لحمه كالآدمي والبغل والحمار وخيف
من نزعه الهلاك لم ينزع لان حرمة الحيوان اكد من حرمة المال ولهذا يجوز اخذ مال الغير بغير اذنه
لحفظ الحيوان ولا يجوز اخذ الحيوان لحفظ المال فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال وان كان مما يؤكل لحمه
ففيه قولان احدهما يجب رده لانه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج والثاني لا يجب لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ذبح الحيوان لغير ماكله فصل وان غصب لوحا وادخله في سفينة وخاف من نزعه
الغرق فان كان فيها حيوان لم ينزع لما ذكرناه في الخيط وان كان فيها مال لغير الحيوان فان
كان لغير الغاصب لم ينزع لانه اتلاف مال من له حرمة لجناية غيره فلم يجز وان كان المال للغاصب
ففيه وجهان احدهما ينزع كما ينقض جدار الدار لرد الساج والثاني لا ينزع لانه يمكن رده من
غير اتلاف المال بان تجر الى الشط بخلاف الساج في البناء وعلى هذا اذا اراد المالك ان يطالب بالقيمة كان
له ذلك لانه حيل بينه وبين ماله فجاز المطالبة بالبدل كما لو غصب منه عبدا فابق وان اختلطت
السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان احدهما ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة
والثاني لا ينقض ما لم يتعين لانه اتلاف مال لم يتعين فيه التعدي فصل وان غصب جوهرة فابتلعتها
بهيمة له فان كانت البهيمة مما لا يؤكل ضمن قيمة الجوهرة لانه تعذر ردها فضمن البدل كما لو تلفت
وان كان مما يؤكل ففيه وجهان بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل فصل وان غصب
فصيلا فادخله الى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج وان

له دون بسنه

صوابه وان دخل فصيل الى دار انسان
الخلاف في الارض اذا اقلع منها الغراس والبناء

ما اذا تم اذا لم يفرط صاحب الفصيل

١٨٧

دخل الفصيل الى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما انصلح الباب
لانه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب فصل وان غصب دينارا او طرحه في
محبرة لغيره كسرت المحبرة ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساج وان وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها
كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة فصل
وان غصب عينا فباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده فللمالك ان يضمن الغاصب لانه غصبها
وله ان يضمن المشتري لانه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب فان ضمن الغاصب ضمنه اكثر ما
كانت قيمته من حين الغصب الى حين التلف في يد المشتري لانه من حين الغصب الى حين التلف في ضمانه وان ضمن
المشتري ضمنه اكثر ما كانت قيمته من حين قبض الى ان تلف لانه لم يدخل في ضمانه قبل القبض
فلا يضمن ما قبله فان بدا فضمن المشتري نظرت فان كان عالما بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب
لانه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من الغاصب اذا تلف عنده فان لم يعلم
نظرت فيما ضمن فان التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب
لان الغاصب لم يغره بل دخل معه على ان يضمنه وان لم يلتزم ضمانه نظرت فان لم يحصل له في مقابلته
منفعة كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة رجع على الغاصب لانه غره ودخل معه على ان لا يضمنه
وان حصلت له في مقابلته منفعة كالاجرة والمهر وارش البكارة ففيه قولان احدهما يرجع به لانه غره
ولم يدخل معه على ان يضمنه والثاني لا يرجع لانه حصل له في مقابلته منفعة وان بدا فضمن الغاصب
فما لا يرجع به المشتري على الغاصب اذا غرم رجع به الغاصب على المشتري وما يرجع به المشتري على الغاصب
لا يرجع به لانه لا فائدة في ان يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه فصل وان غصب من رجل
طعاما فاطعمه رجلا فللمالك ان يضمن الغاصب لانه غصبه وله ان يضمن الآكل لانه اكل ما لم يكن له
اكله فان ضمن الآكل نظرت فان علم انه مغصوب فاكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لانه غاصب
استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه وان اكل ولم يعلم انه مغصوب ففيه قولان احدهما يرجع لانه
غره واطعمه على ان لا يضمنه والثاني لا يرجع لانه حصلت له منفعة فان اطعمه المالك فان علم انه له
برئ الغاصب من الضمان لانه استهلك ماله برضاه مع العلم به وان لم يعلم ففيه قولان احدهما يبرأ
الغاصب لانه عاد الى يده فبرئ الغاصب من الضمان كما لو رده عليه والثاني لا يبرأ لانه انما ضمن لانه ازال يده وسلطانه

... حكم من استوفا وقطع الغزالي بالوجه الاول واما الشيخ ابو اسحق ففهم من تعليل ذكره في كتاب العارية القطع بالوجه الثاني
ومن موضع المسئلة هاهنا بقوله ان حصل له في مقابلته منفعة وتعلله بذلك القطع بالوجه الاول

عن المال وبالتقديم اليه لياكله لم يعد يده وسلطانه لانه لو اراد ان ياخذه لم يمكنه فلم يبرأ من الضمان

تم الجزء الثامن عشر من المهذب ويتلوه الجزء التاسع عشر

١٨٨

بسم الله الرحمن الرحيم فصل وان غصب من رجل شيئا ثم رهنه عنده او اودعه او اجره
منه وتلف عنده فان علم انه له برئ الغاصب من ضمانه لانه اعاده الى يده وسلطانه وان لم يعلم ففيه
وجهان احدهما يبرأ الغاصب من الضمان لانه عاد الى يده والثاني لا يبرأ لانه لم يعد الى سلطانه وانما عاد
اليه على انه امانة عنده وان باعه منه برئ من الضمان علم او لم يعلم لانه قبضه بالابتياع والابتياع
يوجب الضمان فبرئ به الغاصب من الضمان وان غصب شيئا ورهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب
من الضمان وقال المزني يبرأ لانه اذن له في امساكه فبرئ من الضمان كما لو اودعه والمذهب الاول لان الرهن
يجتمع مع الضمان وهو اذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافي الضمان فصل وان غصب حرا وحبسه
ومات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها اجرة فان استوفى فيها
منفعته لزمته الاجرة لانه اتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو اتلف عليه ماله او قطع اطرافه
وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان احدهما يلزمه الاجرة لان منفعته تضمن بالاجارة فضمنت
بالغصب كمنفعة المال والثاني لا يلزمه لانها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كاطرافه
وثياب بدنه فصل وان غصب كلبا فيه منفعة لزمه رده على صاحبه لانه يجوز اقتناؤه
للانتفاع به فلزمه رده وان حبسه مدة لمثلها اجرة فهل يلزمه الاجرة فيه وجهان بناء على الوجهين
في جواز اجارته فصل وان غصب خمرا نظرت فان غصبها من ذمي لزمه ردها لانه يقر على شربها
فلزمه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان احدهما يلزمه لانه يجوز ان يطفئ بها نارا
او يبل بها طينا فوجب ردها عليه والثاني لا يلزمه وهو الصحيح لما روي ان ابا طلحة رضي الله عنه
سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان
يهرقها فان اتلفها او تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه ولانه ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميتة والدم فان
صار خلا لزمه رده على صاحبه لانه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده اليه فان تلف ضمنه
لانه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه فصل وان غصب جلد ميتة لزمه رده لان له

وهو الذي يحده النصارى على مثال الإنسان ومثال الخشب الذي يزعمون أن عيسى صلى الله عليه وسلم صلب عليه ... وما صلبوه وما صلبوه والمفصل ... من موضع المفصل من غير كسر والمستعمل لغطا

أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان أحدهما
يلزمه رده كالخمر إذا صار خلا والثاني لا يلزمه لأنه بفعله صار مالا فلم يلزمه رده فصل
وإن غصب صليبا أو مزمارا لم يلزمه شيء لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة إن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير
وبيع الأصنام وبيع الميتة فدل على أنه لا قيمة له وما لا قيمة له لا يضمن وإن كسره بطريقة فإن كان إذا
فصل يصلح لمنفعة مباحة لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة
فلزمه ضمانه وإن كان إذا فصل لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء لأنه لم يتلف ما له قيمة فصل
وإن فتح قفصا عن طائر وطيره فإن نفره حتى طار ضمنه لأن تنفير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه
فصار كما لو باشر إتلافه وإن لم ينفره بل وقف ثم طار لم يضمن لأنه وجد منه سبب غير
ملجئ ووجد من الطائر مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه
كما لو حفر بئرا فوقع فيها إنسان باختياره وإن طار عقيب الفتح ففيه قولان أحدهما لا يضمن لأنه
طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار والثاني يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن
قرب منه فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بتنفيره منه فصار كما لو نفره فصل وإن وقع
طائر لغيره على جداره فرماه بحجر فطار لم يضمنه لأن رميه لم يكن سببا لفواته لأنه قد كان
ممتنعا وفائتا من قبل أن يرميه وإن طار في هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر
من هواء داره فصار كما لو رماه في غير داره فصل وإن فتح زقا فيه مائع فخرج ما فيه بطريقة فإن
خرج في الحال ضمنه لأنه كان محفوظا بالوكاء فتلف بحله فضمنه وإن خرج منه شيء فابتل أسفله
أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله
فضمنه كما لو قطع يد رجل فمات منه وإن فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم
يضمن لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه كما لو فتح قفصا عن طائر فوقف ثم طار أو نقب حرزا
فسرق منه غيره وإن فتح زقا فيه جامد فذاب بالشمس وخرج ففيه وجهان أحدهما لا يضمنه لأنه لم
يخرج عقيب الحل فصار كما لو كان مائعا فهبت عليه ريح فسقط والثاني أنه يضمن وهو الصحيح لأن الشمس
لا توجب الخروج وإنما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح وإن حل زقا فيه جامد

وقرب إليه آخر نارا فذاب وخرج منه فقال بعض أصحابنا لا ضمان على واحد منهما لأن الذي
حل الوكاء لم يوجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصار
كسارق نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال فإنه لا قطع على واحد منهما وعندي أنه يجب
الضمان على صاحب النار لأنه باشر الإتلاف بإذابته بالنار فصار كما لو حفر رجل بئرا ودفع آخر
فيه إنسانا وأما السارق فهو حجة عليه لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب
الضمان هاهنا على صاحب النار وأما القطع فلا يجب عليهما لأنه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز والذي
أخذ المال لم يهتك الحرز وههنا الضمان يجب بمجرد الإتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان
فصل وإن فتح زقا مستعلي الرأس فاندفع ما فيه فخرج بعضه ثم جاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما
فيه ففيه وجهان أحدهما يضمنهما الأول كان يضمن ما خرج بعد التنكيس والثاني أنما خرج بعد التنكيس
يجب على الثاني كالجارح والذابح فصل وإن حل رباط سفينة فغرقت بطريقة فإن غرقت في الحال ضمن
لأنها تلفت بفعله وإن وقفت ثم غرقت فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن لأنها غرقت
بغير فعله وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان أحدهما لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد
فتحه ثم سقط والثاني أنه يضمن لأن الماء أحد المتلفات فصل إذا أجج على سطحه نارا فطارت
شرارة إلى دار الجار فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها فإن كان الذي فعله
ما جرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد وإن فعل ما لم تجر به العادة بأن أجج من النار ما لا يقف
على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لأنه متعد فصل إذا ألقت الريح ثوبا
لإنسان في داره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظها كاللقطة فإن
عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه
من غير تعريف فصار كالغاصب وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام
صاحبه لأنه محفوظ بنفسه وإن دخل إلى برج في داره فأغلق عليه الباب بطريقة فإن نوى
إمساكه على نفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره لنفسه فضمنه كالغاصب وإن لم ينو
إمساكه على نفسه لم يضمنه لأنه يملك التصرف في برجه ولا يضمن ما فيه فصل إذا
اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب فقال المغصوب منه هو باق وقال الغاصب تلف

لا بد من فصل

فالقول قول الغاصب مع يمينه لانه تتعذر اقامة البينة على التلف وهل يلزمه البدل فيه وجهان
احدهما لا يلزمه لان المغصوب منه لا يدعيه والثاني يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع الى العين
فاستحق البدل كما لو غصب عبدا فابق فصل وان اتفقا على تلف المغصوب واختلفا في قيمته فقال 191
الغاصب قيمته عشرة وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة
ذمته فلا يلزمه الا ما اقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فاقر ببعضه فصل
وان اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة وقال المغصوب منه لم يكن
سارقا فقيمته الف فالقول قول المغصوب منه لان الاصل عدم السرقة ومن اصحابنا من قال
القول قول الغاصب لانه غارم والاصل براءة ذمته مما زاد على المائة وان قال المغصوب
منه كان كاتبا فقيمته الف وقال الغاصب لم يكن كاتبا فقيمته مائة فالقول قول الغاصب
لان الاصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة وان قال المغصوب منه غصبني
طعاما حديثا وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول قول الغاصب لان الاصل انه لا
يلزمه الحديث واذا حلف جاز للمغصوب منه ان ياخذ العتيق لانه انقص من حقه فصل
وان غصبه خمرا وتلفت عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان
وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان علي فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته ولان
الاصل انه باق على كونه خمرا فصل وان اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب
فادعى المغصوب منه انها له وادعى الغاصب انها له فالقول قول الغاصب لان العبد وما عليه
في يد الغاصب فكان القول قوله

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيعه حتى يؤذن شريكه
فان شاء اخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به ولان الضرر في العقار يتابد من جهة
الشريك فثبتت الشفعة فيه لازالة الضرر فصل واما غير العقار من المنقولات فلا شفعة
فيه لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربعة او
حائط واما البناء والغراس فانه ان بيع مع الارض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضي الله عنه

قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له شريك في ربعة او نخل فليس له ان يبيع حتى
يؤذن شريكه فان رضي اخذه وان كره تركه ولانه يراد للتابيد فهو كالارض فان بيع
منفردا لم تثبت فيه الشفعة لانه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة واختلف اصحابنا في النخل اذا
بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الارض فمنهم من قال تثبت فيه الشفعة لانه فرع
تابع لاصل ثابت ومنهم من قال لا شفعة فيها لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت
مفردة لم تجب فيها وفي تبعها وان كانت دار اسفلها لواحد وعلوها مشترك بين جماعة فباع
احدهم حصته فان كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو
لانها بناء منفرد وان كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان احدهما لا تثبت فيه الشفعة لانه
لا يتبع ارضا والثاني تثبت لان السقف ارض لصاحب العلو يسكنه ويأوي اليه فهو كالارض 192
فصل وان بيع الزرع مع الارض او الثمرة الظاهرة مع الاصل لم يؤخذ مع الاصل بالشفعة
لانه منقول فلم يؤخذ مع الارض بالشفعة كغير ارض الضيعة وان بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة
ففيه وجهان احدهما تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة لانها تتبع الاصل في البيع فاخذت معه
بالشفعة كالغراس والثاني لا تؤخذ لانه منقول فلم يؤخذ مع الاصل كالزرع والثمرة الظاهرة
فصل ولا تثبت الشفعة الا للشريك في ملك مشاع فاما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر
رضي الله عنه قال انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم فاذا
وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان الشفعة انما تثبت لانه يدخل عليه شريك فيتأذى
به فتدعو الحاجة الى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك وما يحتاج الى
احداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فصل ولا تجب الا فيما تجب قسمته عند الطلب
فاما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة وقال ابو العباس
تثبت فيه الشفعة لانه عقار فتثبت فيه الشفعة قياسا على ما تجب قسمته والمذهب الاول لما روى
عن امير المؤمنين عثمان رضي الله عنه انه قال لا شفعة في بئر ولا فحل والارف تقطع كل شفعة ولان
الشفعة انما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة وذلك لا يوجد فيما لا ينقسم واما الطريق المشترك
في درب مملوك يتطرق فيه فان كان ضيقا اذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقا يدخل فيه الى ملكه

فلا شفعة فيه وإن كانت واسعة بطرق فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت
الشفعة في الطريق لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ولا ضرر على أحد في أخذه
بالشفعة فأشبه غير الطريق وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه أحدها
لا شفعة فيه لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لأنه يبقى ملكه بغير طريق
والضرر لا يزال بالضرر والثاني يثبت فيه الشفعة لأنه أرض تحتمل القسمة فثبتت فيها الشفعة
كغير الطريق والثالث أنه إن مكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة وإن لم
يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار ولا يمكن مع عدم التمكين
إلا بإضرار **فصل** وتثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به وتثبت في كل عقد يملك الشقص
فيه بعوض كالإجارة والنكاح والخلع لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص
المملوك به كالبيع **فصل** وأما ما يملك الشقص فيه بغير عوض كالوصية والهبة من غير
عوض فلا تثبت فيه الشفعة لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة كما لو ملكه بالإرث
وإن باع من رجل شقصا فعفا الشفيع عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالإقالة لم تثبت فيه
الشفعة لأنه لم يملكه بعوض وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل فإن باعه
شقصا وعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا ثبتت الشفعة لأن التولية بيع برأس المال
وإن قال لأم ولده إن خدمت ورثتي شهرا فلك هذا الشقص فخدمتهم ملكت الشقص وهل تثبت
فيه الشفعة فيه وجهان أحدهما أنه تثبت لأنها ملكته ببدل وهو الخدمة فصار كالمملوك في
الإجارة والثاني لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية في الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه
الشفعة كسائر الوصايا وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصا عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل
للشفيع في الشقص شفعة أم لا فيه وجهان أحدهما لا شفعة فيه لأنه بالعجز صار ماله
للمولى بحق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه والثاني تثبت فيه
الشفعة لأنه ملكه بعوض فثبتت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده **فصل** وإن بيع
شقص في شركة الوقف فإن قلنا إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له وإن قلنا

ذكر العراقي أن الوجهين مبنيان على أنه هل القسم الوقف
الشفعة فيما لا يحتمل القسمة وعلى الوجهين معتبرة
وقلنا إن القسمة تمييز الحصص ... ولا شفعة وجهان

إنه يملك ففيه وجهان أحدهما يأخذ بالشفعة لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك
فأشبه مالك الطلق والثاني لا يأخذ لأن ملكه غير تام بدليل أنه لا يملك التصرف فيه فلا
يملك به ملكا تاما **فصل** وإن اشترى شقصا وشرط الخيار للبائع لم يكن للشفيع أن
يأخذ قبل انقضاء الخيار لأن في أحد الأقوال لا يملك الشقص وفي القول الثاني ملكه موقوف فلا
يعلم هل يملك أم لا وفي القول الثالث يملكه ملكا غير تام لأن للبائع أن يفسخه ولأنه إذا أخذ
بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وإن شرط الخيار للمشتري
وحده فإن قلنا إنه لا يملك أو قلنا إنه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه في خيار البائع وإن قلنا إنه يملكه
ففيه قولان أحدهما أنه لا يأخذه لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار للبائع والثاني
يأخذه وهو الصحيح لأنه لا حق فيه لغير المشتري والشفيع يملك إسقاط حقه ولهذا يملك
إسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك قبل الرجوع أولى **فصل** وتثبت الشفعة
للكافر على المسلم لحديث جابر رضي الله عنه لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فإن باعه
ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه المسلم
والكافر كالرد بالعيب **فصل** ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم
يدفع العوض أضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر فإن أحضر رهنا أو ضمينا أو عوضا عن الثمن
لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالمبيع في يد البائع
فصل ويأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به فإن اشتراه بثمن مثل أخذه بمثله لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال فإن باعه فهو أحق به بالثمن وإن اشترى شقصا وسيفا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته
وترك السيف على المشتري بحصته لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشتري الخيار في تبعيض
الصفقة عليه لأنه دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به
زيادة أو حط عنه بعضا أو وجد به عيبا فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة فإن نقص الشقص
في يد المشتري فقد روى المزني أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال في القديم يأخذه بالحصة واختلف أصحابنا في ذلك
فمنهم من قال فيه قولان أحدهما يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع فإن المشتري يأخذه بجميع
الثمن والقول الثاني أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ بعض ما دخل في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف

في شرح التلخيص للقفال ولم يبين الصحيح ايضاً وعلى الوجه الذي يمنع جريان القولين
وعن ابي اسحق ... انه ان ذهب التابع اخذ بالجميع وان ذهب بعض الاعيان اخذ بالحصة ووافقه ... في الابانة
... ذلك عن التتمة ...

ومنهم من قال ان ذهب التالف ولم يذهب من الاجزاء شي اخذ بالجميع لان الذي يقابله الثمن اجزا
العين وهي باقية وان تلف بعض الاجزاء الاخر والحسب اخذ بالحصة لانه تلف بعض ما يقابله
الثمن فاخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان كانت العرصة باقية اخذ
بالجميع لان العرصة هي الاصل وهي باقية وان ذهب بعض العرصة اخذ بالحصة لانه تلف بعض
الاصل فاخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان تلف بجائحة من السما اخذ بالجميع
لانه لم يحصل للمشتري بدل التالف فجعل كالذي اخذ بالحصة لانه حصل للمشتري بدل التالف وحمل
القولين على هذين الحالين فصل وان اشترى الشقص بثمن مؤجل ففيه ثلاثة اقوال احدها
ياخذه بثمن مؤجل لان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فكان تابعاً له في التاجيل
والثاني انه ياخذه بسلعة تساوي الثمن الى الاجل لانه لا يمكن ان يطالب بالثمن حالاً لان ذلك اكثر
مما لزم المشتري ولا يمكن ان يطالب بثمن مؤجل لان الذمم لا تتماثل فيجعل ذمة الشفيع مثل ذمة
المشتري فوجب ان يعدل الى جنس اخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له الى جنس اخر بقيمته والثالث
وهو الصحيح انه يخير بين ان يعجل الثمن وياخذ وبين ان يصبر الى ان يحل فياخذ لانه لا يمكن ان يطالب
بثمن حال ولا بثمن مؤجل لما ذكرناه ولا يمكن ان ياخذ بسلعة لان الشفيع انما ياخذ بالمثل او بالقيمة والسلعة
ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق الا التخيير فصل وان باع رجل في مرضه من وارثه شقصاً يساوي
الفين بالف ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه لانه قدر المحاباة فان اختار الشفيع ان ياخذ النصف بالالف لكن
للمشتري الخيار في تفريق الصفقة لان الشفيع اخذه بالالف وان لم ياخذ الشفيع فللمشتري ان يفسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه وان باع من اجنبي وحاباه والشفيع وارث واحتمل الثلث المحاباة ففيه خمسة اوجه احدها ان البيع يصح في نصف
الشقص بالالف وللشفيع ان ياخذه ويبقى النصف للمشتري بلا ثمن لان المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح
ولا تصح للشفيع فيصير كانه وهب النصف وباع منه النصف بثمن المثل فياخذ الشفيع النصف بجميع الثمن
والثاني ان البيع يصح في نصفه بالالف ويسقط الباقي لانا ان دفعنا الجميع الى
الشفيع بالالف حصلت المحاباة للوارث وان دفعنا اليه النصف بالالف وتركنا النصف على المشتري الزمنا الشفيع في النصف
اكثر مما لزم المشتري فلم يبق الا الفسخ في النصف ودفع النصف الى الوارث من غير محاباة والثالث ان البيع
باطل لان المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز ان تجعل في نصفه والرابع انه يصح البيع وتسقط الشفعة لان اثبات
في جميع الشقص

... في شرح التلخيص لا على ذلك قولان الاظهر انه يكون بجميع الثمن قولاً واحداً ... وفي شرح المولدات ...
... القول الذي يقول لابد ان يرجع الى المشتري شيء من الثمن ذكر فرقاً حسناً بين هذه المسألة ... اشارة الى الفرق

الشفعة يؤدي الى ابطال البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وما ادى ثبوته الى سقوطه وسقوط غيره
سقط فسقطت الشفعة وبقي البيع والخامس وهو الصحيح انه يصح البيع في الجميع بالالف وياخذ الشفيع بالالف
لان المحاباة وقعت للمشتري دون الشفيع والمشتري اجنبي فصحت المحاباة له فصل وان اشترى الشقص
بعرض فان كان له مثل كالحبوب والادهان اخذه بمثله لانه من ذوات الامثال فاخذه به كالدراهم والدنانير
وان لم يكن له مثل كالعبيد والثياب اخذه بقيمته لان القيمة مثل لما لا مثل له ولهذا اخذه بقيمته حال وجوب
الشفعة كما ياخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة وان اشترى الشقص بعبد واخذ الشفيع بقيمته
ووجد البائع بالعبد عيباً فرده اخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد
وقيمة الشقص فيه وجهان احدهما لا تراجع لان الشفيع اخذه بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا
يتغير بما طرا بعده والثاني يتراجعان فان كانت قيمة الشقص اكثر رجع المشتري على الشفيع وان
كانت قيمة العبد اكثر رجع الشفيع على المشتري لانه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع
بين الثمنين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب فرجع على المشتري بالارش نظرت فان اخذ
الشفيع قيمة العبد سليماً لم يرجع عليه بالارش لان الارش دخل في القيمة وان اخذ قيمته معيباً فهل يرجع
بالارش فيه وجهان احدهما لا يرجع لانه اخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد والثاني يرجع
بالارش لانه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع فصل وان جعل الشقص
اجرة في اجارة اخذ الشفيع باجرة مثل المنفعة وان جعل صداقاً في نكاح او بدلاً في خلع اخذ الشفيع
بمهر مثل المراة لان المنفعة لا مثل لها فاخذ بقيمتها كالثوب والعبد وان جعل متعة في طلاق امراة اخذ الشفيع
بمتعة مثلها لا بالمهر لان الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر فصل والشفيع بالخيار بين الاخذ
والترك لانه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين اخذه وتركه وفي خياره اربعة اقوال قولان نص عليهما
في القديم احدهما انه على التراخي لا يسقط الا بالعفو او بما يدل على العفو كقوله بعني او قاسمني وما اشبههما
لانه حق لا ضرر على المستحق عليه في تاخيره فلم يسقط الا بالعفو كالخيار في القصاص والثاني انه بالخيار
الى ان يرفعه المشتري الى الحاكم ليجبره على الاخذ او العفو لانا لو قلنا انه على الفور اضررنا بالشفيع
لانا لا نامن مع الاستعجال ان يترك والحظ في الاخذ او ياخذ والحظ في الترك فيندم وان قلنا انه على التراخي
الى ان يسقط اضررنا بالمشتري لانه لا يقدر على التصرف فيه والسعي في عمارته خوفاً من الشفيع فجعل الى ان يرفعه الى

١٩٧

الحاكم ليدفع عنه الضرر والثالث نص عليه في سير حرملة انه بالخيار الى ثلاثة ايام لانه لا يمكن ان يجعل على الفور لانه يستضر به الشفيع ولا ان يجعل على التراخي لانه يستضر به المشتري فقدر بثلاثة ايام لانه لا ضرر فيه على الشفيع لانه يمكنه ان يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة ايام ولا على المشتري لانه قريب والرابع نص عليه في الجديد انه على الفور وهو الصحيح لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها وروي انه قال الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها فعلى هذا ان اخر الطلب من غير عذر سقط لانه على الفور فسقط بالتاخير من غير عذر كالرد بالعيب فان اخره لطهارة او صلاة او طعام او شراب او لبس ثوب او اغلاق باب فهو على شفعته لانه ترك الطلب لعذر وان قال السلام عليكم انا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لان السلام قبل الكلام سنة ولا تسقط به الشفعة وان قال بارك الله في صفقة يمينك انا مطالب بالشفعة لم تسقط لان الدعاء بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لانه يجوز ان يكون دعا للصفقة بالبركة لانها اوصلته الى الاخذ بالشفعة وان صالحه عن الشفعة على مال لم يصح الصلح لانه خيار فلا يجوز اخذ العوض عنه كخيار الشرط وفي شفعته وجهان احدهما تسقط لانه اعرض عن طلبها من غير عذر والثاني لا تسقط لانه تركها على عوض ولم يسلم له فبقي على شفعته وان اخذه بثمن مستحق ففيه وجهان احدهما تسقط لانه ترك الاخذ الذي يملكه من غير عذر والثاني لا تسقط لانه استحق الشقص بمثل الثمن في الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقي الاستحقاق كما لو اشترى شيئا بثمن في الذمة ووزن فيه ما لا يملك فصل وان وجبت له الشفعة وهو محبوس او مريض او غائب نظرت فان لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفعته لانه ترك بعذر وان قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة اوجه احدها وهو قول القاضي ابي حامد انه تسقط شفعته لانه ترك الطلب مع القدرة فاشبه اذا قدر على الطلب بنفسه فترك والثاني وهو قول ابي علي الطبري انه لا تسقط لانه ان كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر وان كان بغير عوض احتاج الى التزام منة وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة ومن اصحابنا من قال ان وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لانه ترك الطلب من غير ضرر فان لم يجد من يتطوع لم تسقط لانه ترك للضرر وان عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان احدهما تسقط شفعته لان الترك قد يكون للزهد

١٩٨

وقد يكون للعجز وقد قدر على ان يبين ذلك بالشهادة فاذا لم يفعل سقطت شفعته والثاني لا تسقط لان عذره في الترك ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة فصل وان قال اخرت الطلب لاني لم اصدق فان كان قد اخبره عدلان سقطت شفعته لانه اخبره من تثبت بقوله الحقوق وان اخبره حر او عبد او امراة ففيه وجهان احدهما لا تسقط لانه ليس ببينة والثاني تسقط لانه اخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الاخبار ويجب تصديقهم فيه فصل وان قال المشتري اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان انه كان قد اشترى بخمسين فهو على شفعته لانه عفا عن الشفعة لعذر وهو انه لا يرضاه بمائة او ليس معه مائة وان قال اشتريت بخمسين فعفا ثم بان انه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له ان يطالب لان من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة وان قال اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان انه كان قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته لانه لم يرض بترك الجميع وان قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان انه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له ان يطالب بالشفعة لان من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة وان قال اشتريت باحد النقدين فعفا ثم بان انه كان قد اشتراه بالنقد الاخر فهو على شفعته لانه يجوز ان يكون عفا لاعواز احد النقدين عنده او لحاجته اليه وان قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان انه كان وكيلا فيه وان المشتري غيره فهو على شفعته لانه قد يرضى مشاركة الوكيل ولا يرضى مشاركة الموكل فصل وان وجبت له الشفعة فباع حصته فان كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته لانه ليس له ملك يستحق به وان باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان احدهما تسقط لانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه والثاني لا تسقط لانه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده فصل ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجز ان ياخذ البعض ويعفو عن البعض لان في ذلك اضرارا بالمشتري في تفريق الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر فان اخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته لانه لا يتبعض فاذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص وان اشترى شقصين من ارضين في عقد واحد فاراد الشفيع ان ياخذ احدهما دون الاخر ففيه وجهان احدهما لا يجوز وهو الاظهر لما فيه من الاضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه والثاني يجوز لان الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في احدهما دون الاخر فان كان البائع او المشتري اثنين جاز للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما دون الاخر لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان ياخذ احدهما دون الاخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين فصل وان كان للشقص شفعاء نظرت فان حضروا وطلبوا

أخذوا وإن كانت حصص بعضهم أكثر ففيه قولان أحدهما تقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس وهو
قول المزني لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع فإذا اجتمعوا تساووا كما لو تساووا في الملك والثاني
أنه تقسم بينهم على قدر الأنصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك
كأجرة الدكان وثمرة البستان وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه لأن في أخذ البعض إضرارا
بالمشتري فإن جعل أحدهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم لأن ذلك عفو وليس بهبة وإن
حضر بعضهم أخذ جميعه فإن حضر آخر قاسمه وإن حضر الثالث قاسمهما لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض
فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده بأن أثمرت نخيله ثم قدم الغائب فأخذ الشقص دون الثمار لأنها حدثت
في ملك الحاضر فاختص بها وإن قال الحاضر أنا آخذ بقدر مالي لم يجز وهل تسقط شفعته فيه وجهان
أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه والثاني وهو قول
أبي إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه لعذر وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه والترك للعذر لا
يسقط الشفعة كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمنا كثيرا فتركه ثم بان بخلافه **فصل** وإن كان المشتري
شريكا بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع
من المشتري لأنه أحد الشريكين فلم يجز له أن يأخذ الجميع كما لو كان المشتري أجنبيا وقال أبو العباس للشريك
أن يأخذ الجميع لأنا لو قلنا إنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة والإنسان لا يأخذ بالشفعة
من نفسه والمذهب الأول لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى
الباقي على ملكه **فصل** وإن ورث رجلان من أبيهما دارا ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد
الابنين حصته ففي الشفعة قولان أحدهما أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان في المشترى
فاشتركا في الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد والثاني أنها للأخ دون العم لأن الأخ أقرب إليه في الشركة لأنهما
ملكاه بسبب واحد والعم ملكه بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم فيه وجهان
أحدهما يستحق لأنه شريك وإنما قدم الأخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الأخ ثبت للعم كما نقول
فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالأول لسبق حقه فإذا عفا ولي الأول قتل بالثاني والوجه الثاني أنه لا يستحق لأنه
لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين
وعفا شريكاه عن الشفعة ثم باع أحد المشتريين نصيبه فعلى القولين أحدهما أن الشفعة للمشتري الآخر

ملكاه بسبب واحد والشريك الآخر ملكه بسبب سابق لملك المشتري والثاني أنه يقاسم الجميع لأن
الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة وإن مات رجل عن دار وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى
الأختين نصيبها ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين أحدهما أن الشفعة للأخت لأنها ملكت مع الأخت بسبب
واحد وملك الابنان بسبب آخر والثاني أن الشفعة بين الابنين والأخت لأن الجميع شركاء في الملك ومنهم من قال إن
الشفعة بين الابنين والأخت قولا واحدا لأن الجميع ملكوا الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهم بعضا **فصل**
وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظر فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة
والرهن والإجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك
الفسخ وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد
الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني لأنه شفيع في العقدين فجاز أن يأخذ بما شاء منهما فإن تقايل البائع أو رده عليه
بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب
فملك الفسخ وإن تخالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع لأن البائع
أقر للمشتري بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقي حق الشفيع
وإن اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان أحدهما يقدم الشفيع
لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد والثاني أن البائع أولى لأن في تقديم الشفيع إضرارا بالبائع
في إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر وإن أصدق امرأته شقصا وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ
الشفيع ففيه وجهان أحدهما يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع
ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج والثاني يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق **فصل**
وإن اشترى شقصا وكان الشفيع غائبا فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه
وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمنا كثيرا فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان بخلافه وأراد الأخذ فإن
اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد
وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس
والبناء ويضمن ما نقص قائما ومقلوعا لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا إضرار ولا يزول
الضرر عنهما إلا بذلك **فصل** وإن اشترى شقصا فحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظر فإن كانت زيادة

لا تتميز كالفسيل اذا طال او اختلف فان الشفيع يأخذه مع زيادته لان ما لا يتميز يتبع الاصل في الملك
كما يتبعه في الرد بالعيب وان كانت مثمرة كالثمرة فان كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق
لان الثمرة الظاهرة لا تتبع الاصل كما قلنا في الرد بالعيب وان كانت غير ظاهرة ففيها
قولان قال في القديم تتبع الاصل كما تتبعه في البيع وقال في الجديد لا تتبعه لانه استحقاق بغير تراض
فلا تؤخذ به الا ما دخل في العقد ويخالف البيع لانه استحقاق عن تراض يقدران فيه على الاستثناء فاذا
لم يستثن تبع الاصل **فصل** اذا اراد الشفيع ان ياخذ الشقص ملك الاخذ من غير حكم الحاكم
لان الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كالرد بالعيب فان كان الشقص في يد المشتري
اخذه منه وان كان في يد البائع ففيه وجهان احدهما يجوز ان ياخذه منه لانه قد استحق ملكه فجاز ان ياخذه
كما لو كان في يد المشتري والثاني لا يجوز ان ياخذه منه بل يجبر المشتري على القبض ثم ياخذه منه لان الاخذ
من البائع يؤدي الى اسقاط الشفعة لانه يفوت التسليم وفوات التسليم يوجب بطلان العقد فاذا بطل العقد
سقطت الشفعة وما ادى اثباته الى اسقاطه سقط **فصل** ويملك الشفيع الشقص بالاخذ لانه
تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالاخذ كتملك المباحات ولا يثبت فيه خيار الشرط لان الشرط انما
يثبت مع تملك الاختيار والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط وهل يثبت له خيار المجلس فيه
وجهان احدهما يثبت لانه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع والثاني لا يثبت لانه ازالة ملك
لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب **فصل** وان وجد بالشقص عيبا فله ان يرده لانه
ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع وان خرج مستحقا رجع بالعهدة على المشتري لانه اخذ
منه على انه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه **فصل** وان مات الشفيع قبل العفو
والاخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته لانه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل الى الورثة كقبض المشتري
في البيع ولانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وان كان له وارثان فعفا احدهما عن حقه
سقط حقه وهل يسقط حق الاخر فيه وجهان احدهما يسقط لانها شفعة واحدة فاذا عفي عن بعضها
سقط الباقي كالشفيع اذا عفا عن بعض الشقص والثاني لا يسقط لانه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره
كما لو عفا احد الشفيعين **فصل** اذا اختلف الشريكان في الدار فادعى احدهما على الاخر انه ابتاع نصيبه
فله اخذه بالشفعة وقال الاخر بل ورثته او اتهبته فلا شفعة لك فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لانه

يدعي عليه استحقاق ملكه بالشفعة فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة
فان نكل عن اليمين حلف المدعي واخذ بالشفعة وفي الثمن ثلاثة اوجه احدها انه يقال للمدعى عليه
قد اقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك فاما ان تأخذه او تترك فيعود الثمن كما قلنا في المكاتب اذا حمل النجم
الى المولى وادعى المولى انه مغصوب والثاني انه يترك الثمن في يد المدعي لانه اقر له بما يدعيه فاقر في يده كما
لو اقر بدار لرجل فكذبه المقر له والثالث ياخذه الحاكم ويحفظه الى ان يدعيه صاحبه لانهما اتفقا على
انها لا تستحق ذلك **فصل** اذا ادعى كل واحد منهما على شريكه انه ابتاع حصته بعده وانه يستحق
عليه ذلك بالشفعة فالقول قول كل واحد منهما لما ذكرناه فان سبق احدهما وادعى وحلف المدعى عليه
استقر ملكه ثم يدعي الحالف على الاخر فان حلف استقر ايضا ملكه وان نكل الاول رد اليمين على المدعي
فاذا حلف استحق وان اراد الناكل ان يدعي على الاخر بعد ذلك لم تسمع دعواه لانه لم يبق له ملك
يستحق به الشفعة **فصل** وان اختلفا في الثمن فقال المشتري الثمن الف وقال الشفيع هو خمسمائة
فالقول قول المشتري مع يمينه لانه هو العاقد فكان اعرف بالثمن ولانه مالك للشقص فلا ينتزع منه بالدعوى
من غير بينة **فصل** وان ادعى الشفيع ان الثمن الف وقال المشتري لا اعلم قدره فالقول قول المشتري لان ما يدعيه
ممكن فانه يجوز ان يكون قد اشتراه بثمن جزاف ويجوز ان يكون قد علم الثمن ثم نسي فاذا حلف لم تستحق
الشفعة لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن ان يدفع اليه ما لا يدعيه وقال ابو العباس يقال له اما ان تبين قدر
الثمن او نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع ان الثمن الف ويستحقه كما نقول فيمن ادعى على رجل الفا فقال المدعى عليه
لا اعلم القدر والمذهب الاول لان ما يدعيه ممكن فانه يجوز ان يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ويجوز
ان يكون قد علم ثم نسي ويخالف اذا ادعى عليه الفا فقال لا اعرف القدر لان هناك لم يجب عن الدعوى
وهاهنا اجاب بنفي استحقاق الشفعة واما اذا ادعى الجهل بالثمن **فصل** وان قال المشتري الثمن الف وقال
الشفيع لا اعلم هل هو الف او اقل فهل له ان يحلف المشتري فيه وجهان احدهما ليس له ان يحلفه حتى يعلم لان
اليمين لا تجب بالشك والثاني له ان يحلفه لان المال لا يملك بمجرد الدعوى وان قال المشتري الثمن الف وقال الشفيع
لا اعلم كم هو ولكنه دون الالف فالقول قول المشتري فان نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن لانه لا
يجوز ان يحلف على ما لم يعلم **فصل** وان اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته
فالقول قول المشتري لان الشقص ملكه فلا ينتزع بقول المدعي **فصل** وان اقر المشتري انه اشترى

الشقص بألف فأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم
يلزم الشفيع أكثر من الألف لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه وإن
كذبه المشتري وأقام عليه بينة أن الثمن ألفان لزم المشتري الألفان ولا يرجع على الشفيع بما زاد
على الألف لأنه كذب البينة بإقراره الأول فصل وإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما ورأى
نصيبه في يد رجل فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يستحق أخذه
بالشفعة فأقر به فهل يملك تسليمه إليه بالشفعة فيه وجهان أحدهما لا يسلمه لأنه أقر بالملك
للغائب ثم ادعى انتقاله إليه بالشراء فلم يقبل والثاني أنه يسلم إليه لأنه في يده فقبل قوله فيه فصل
وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وأنكر
الرجل فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك لأن الشفعة تثبت بالشراء ولم
يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة وهو جواب المزني فيما جاء به
على قول الشافعي رحمه الله لأنه أقر للشفيع بالشفعة وللمشتري بالملك فإذا أسقط أحدهما
حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر وهل يجوز للبائع أن
يخاصم المشتري فيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة
به إلى خصومة المشتري والثاني له أن يخاصمه لأنه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع
فإن قلنا لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه لأنه منه أخذ وإليه
دفع الثمن وإن قلنا يخاصمه فإن حلف المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة
عليه وإن نكل فحلف البائع سلم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع من المشتري ورجع بالعهدة
عليه لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وأنكر المشتري فمن قال لا
شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه ومن قال تثبت الشفعة إذا لم يقر
بقبض الثمن اختلفوا إذا أقر بقبضه فمنهم من قال لا تثبت لأنه يأخذ الشقص من غير عوض
وهذا لا يجوز ومنهم من قال يثبت لأن البائع أقر له بحق الشفعة وفي الثمن الأوجه الثلاثة التي ذكرناها فيمن
ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك

كتاب القراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم

فتسلفا من أبي موسى الأشعري وهو عامل العراق مالا فابتاعا به متاعا فقدما به المدينة فباعاه وربحا فيه

خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر فرحب بهما وسهل وقال لو أقدر لكما
على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين
فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة وتوفيان رأس المال إلى أمير
المؤمنين ويكون لكما ربحه فقالا وددنا ففعل وكتب لهما إلى عمر أن يأخذ منهما المال فلما قدما المدينة
وباعا وربحا فقال عمر أكل الجيش أسلفه كما أسلفكما فقالا لا فقال عمر ابنا أمير المؤمنين
فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال يا أمير المؤمنين لو هلك
المال ضمناه فقال أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين
لو جعلته قراضا فأخذ رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال
ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود إلا بالعمل فجاز المعاملة عليها ببعض نمائها الخارج منها
٢٠٣ كالنخل في المساقاة فصل وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز
وبلفظ المضاربة لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل العراق وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى
فجاز بما دل عليه كالبيع بلفظ التمليك فصل ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدنانير
فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس فلا يصح القراض عليها لأن المقصود بالقراض
رد رأس المال والاشتراك في الربح ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود لأنه ربما زادت قيمته
فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل وفي رد قيمته إن لم يكن له مثل
وفي هذا إضرار بالعامل وربما نقصت قيمته فيصرف جزءا يسيرا من الكسب في رد مثله أو قيمته ثم يشارك رب
المال في الباقي وفي هذا إضرار برب المال لأن العامل يشاركه في أكثر رأس المال وهذا لا يوجد
في الأثمان لأنها لا تقوم بغيرها ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض
فصل ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر فإن قارضه على دراهم جزاف لم يصح لأن مقتضى
القراض رد رأس المال وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره فإن دفع إليه كيسين في كل واحد منهما
ألف درهم فقال قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان أحدهما يصح لأنهما متساويان
والثاني لا يصح لأنه لم يتبين مال القراض من مال الوديعة وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز
لأنه معلوم وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده مغصوبة ففيه وجهان أحدهما يصح كالوديعة

والثاني لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان فلا يصير مقبوضاً قبض أمانة فصل ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم فإن قارضه على جزء مبهم لم يصح لأن الجزء يقع على الدرهم والألف وعلى القليل والكثير وإن قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لأن القراض كالمساقاة وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع فإن قارضه على درهم معلوم ٢٠٥
لم يصح لأنه قد لا يربح ذلك فيستضر العامل وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال وإن قال قارضتك على أن الربح بيننا فيه وجهان أحدهما لا يصح لأنه مجهول لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل والثاني يصح لأنه سوى بينهما في الإضافة فحمل على التساوي كما لو قال هذه الدار لزيد وعمرو وإن قال قارضتك على أن لي نصف الربح ففيه وجهان أحدهما يصح ويكون الربح بينهما نصفين لأن الربح بينهما فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل والثاني لا يصح وهو الصحيح لأن الربح كله لرب المال بالملك وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان أحدهما لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال والثاني يصح وهو الصحيح لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط لأنه يملكه بملك المال وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال فإن قال قارضتك على أن لك النصف أو الثلث وسكت عن السدس صح ويكون السدس له لأنه لا يستحق إلا ما شرط للعامل وقد شرط له النصف فكان الباقي له فصل وإن قال قارضتك على أن الربح كله لي أو لك بطل القراض لأن موضوعه على الاشتراك في الربح فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل وإن دفع إليه ألفاً وقال تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال في ربحه لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض وقد قرن به حكم القرض فانعقد القرض كما نقول في لفظ التمليك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً وإن قال تصرف فيه والربح كله لي فهو بضاعة لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك فصل ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ولا يجوز أن يختص أحدهما بربح ما في أحد الكيسين لأنه قد لا يربح في ذلك فيبطل حقه أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الآخر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما في عبد يشتريه فإن شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال أو أخذه

العامل بحقه لم يصح العقد لأنه قد لا يكون في المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر فصل ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والإجارة فصل قال الشافعي رحمه الله ولا يجوز إلى مدة فمن أصحابنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقاً فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ومنهم من قال ٢٠٦
إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته فصل ولا يصح إلا على التجارة في جنس يعم كالثياب والطعام والفاكهة في وقتها فإن عقده على ما لا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة في سلعة بعينها لم يصح لأن المقصود بالقراض الربح فإذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود لأنه ربما لم يتفق ذلك ولا يجوز عقده على أن لا يشتري إلا من رجل بعينه لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه أو لا يبيع منه ما يربح فيه فيبطل المقصود فصل وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطي والإيجاب والقبول وقبض الثمن ووزن ما خف من المتاع كالعود والمسك لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف والعرف في هذه الأشياء أن يتولاها بنفسه فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الأجرة في ماله فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه لأن العرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به وإن سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب فيه وجهان أحدهما لا يخاصم لأن القراض معقود على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة والثاني أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضي حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة فصل ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه فإن قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح بنينا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح فإن قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فعلى قول المزني ههنا إن لرب المال

نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح
لأن رب المال رضي أن يأخذ نصف الربح ولم يستحق أكثر منه والنصف الباقي بين العاملين لأنهما رضيا
أن يكون ما رزق الله تعالى بينهما والذي رزق الله هو النصف فإن النصف الآخر أخذه رب المال فصار
كالمستهلك ومن أصحابنا من قال يرجع العامل الثاني على العامل الأول بنصف أجرة مثله لأنه
دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك وإن قلنا بقوله الجديد وهو قول المزني الربح كله
للعامل الأول وللعامل الثاني أجرة المثل فمن أصحابنا من قال هذا غلط بل على هذا القول الربح كله
للعامل الثاني لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض ومنهم من قال الربح للأول كما قال
المزني لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه وإنما اشتراه للأول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير
القراض فإن ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له **فصل** ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال
فإن أذن له في صنف لم يتجر في غيره لأن تصرفه بالإذن فلم يملك ما لم يأذن فيه فإن قال له اتجر في البز
جاز له أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن والإبريسم والكتان وما يلبس من الأصواف لأن اسم البز
يقع على ذلك كله ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز وهل يجوز أن يتجر
في الأكسية البركانية فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه يلبس فأشبه الثياب والثاني لا يجوز لأنه لا يطلق
عليه اسم البز ولهذا لا يقال لبائعه بزاز وإنما يقال له كسائي وإن أذن له في التجارة في الطعام لم يجز
أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير لأن الطعام لا يطلق إلا على الحنطة **فصل** ولا يشتري العامل
بأكثر من رأس المال لأن الإذن لم يتناول غير رأس المال فإن كان رأس المال ألفا فاشترى عبدا بألف ثم
اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالإذن وأما الثاني فينظر
فيه فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح وإن
اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن
فيه فوقع الشراء له **فصل** ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل
لأنه وكيل فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط وإن اشترى معيبا رأى شراءه جاز لأن المقصود
طلب الربح وقد يكون الربح في المعيب فإن اشترى شيئا على أنه سليم فوجده معيبا جاز له الرد لأنه فوض إليه
النظر والاحتياط فملك الرد وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى الرد والآخر إلى الإمساك فعل ما فيه النظر

لأن المقصود طلب الحظ لهما فإذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ **فصل** ولا يشتري من يعتق
على رب المال بغير إذنه لأنه لا يلزم رب المال لأن المقصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في
شراء من يعتق عليه فإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير إذنها ففيه وجهان أحدهما لا
يلزمها لأن المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تتضرر به لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها
واستمتاعها والثاني يلزمها لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فلزمها شراؤه
فصل ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال لأنه مأمور بالنظر والاحتياط وليس في السفر احتياط
لأن فيه تغريرا بالمال ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت إلا ما وقى الله فإن أذن له في السفر فقد قال في موضع له
أن ينفق من مال القراض وقال في موضع آخر لا نفقة له فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحدا لأن نفقته
على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقته في الإقامة وتأول قوله على ما يحتاج إليه لنقل المتاع وما يحتاج
إليه مال القراض ومنهم من قال فيه قولان أحدهما لا ينفق لما ذكرناه والثاني ينفق لأن سفره لأجل المال فكان
نفقته فيه كأجرة الحمال فإن قلنا ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان أحدهما جميع ما يحتاج إليه لأن من
لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته والثاني ما يزيد على نفقة الحضر لأن النفقة إنما لزمت لأجل السفر فلم يلزمه
إلا ما زاد بالسفر **فصل** وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان أحدهما أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل
حصته من الربح إلا بالقسمة لأنه لو ملك حصته من الربح بالظهور لصار شريكا لرب المال حتى إذا هلك شيء
كان هالكا من المالين فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئا والثاني أن العامل يملك
حصته من الربح بالظهور لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال **فصل**
وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره
لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز
إجباره لأنه يقول لا آمن أن أخسر فأحتاج أن أرد ما أخذه وإن تقاسما جاز لأن الحق لهما وقد رضيا فإن
حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليم رأس المال
فصل وإن اشترى العامل من يعتق عليه فإن لم يكن في المال ربح لزم الشراء في مال القراض لأنه لا ضرر فيه
على رب المال فإن ظهر بعد ما اشتراه ربح فإن قلنا إنه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق وإن قلنا
إنه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته فيه وجهان أحدهما يعتق منه بقدر حصته لأنه ملكه

فعلى هذا ان كان العامل ملك من الربح بقدر قيمته عتق عليه جميعه ولا كلام وان كان يملك من الربح الا بقدر ربع قيمته عتق عليه ذلك القدر وقوّم عليه نصيب رب المال فيه ان كان موسرا من لفظه

وقال الا ... ارتفاع السوق ليس الى اختياره فهو كالارث

ذلك القدر وعتق عليه والثاني لا يعتق لانه ملك غير مستقر لانه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله وان اشترى وفي المال ربح فان قلنا انه لا يعتق عليه صح الشراء لانه لا ضرر فيه على رب المال وان قلنا انه يعتق لم يصح الشراء لان المقصود بالقراض شراء ما فيه ربح وهذا لا يوجد فيما يعتق عليه فصل والعامل امين فيما في يده فان تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لانه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع فان دفع اليه الفا فاشترى عبدا في الذمة ثم تلف الالف قبل ان ينقده في ثمن العبد انفسخ القراض لانه تلف راس المال بعينه وفي الثمن وجهان احدهما انه على رب المال لانه اشتراه له فكان الثمن عليه كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكّل في شرائه فتلف الثمن في يده قبل ان ينقده والثاني ان الثمن على العامل لان رب المال لم ياذن له في التجارة الا في راس المال فلم يلزمه ما زاد وان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف احدهما ففيه وجهان احدهما انه يتلف من راس المال فينفسخ فيه القراض لانه بدل عن راس المال فكان هلاكه كهلاكه والثاني انه يتلف من الربح لانه تصرف في المال فتجانبه القراض وان قارضه رجلان على مالين فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم اشكلتا عليه ففيه قولان احدهما تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال وان كان فيهما ربح شاركهما العامل في الربح وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لانه حصل بتفريطه والقول الثاني ان الجاريتين للعامل وتلزمه قيمتهما لانه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو اتلفهما فصل ويجوز لكل واحد منهما ان يفسخ اذا شاء لانه تصرف في مال الغير باذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة فان فسخ العقد والمال من غير جنس راس المال وتقاسماه جاز وان باعاه جاز لان الحق لهما وان طلب العامل البيع وامتنع رب المال اجبر لان حق العامل في الربح وذلك لا يحصل الا بالبيع فان قال رب المال انا اعطيك ما يخصك من الربح وامتنع العامل فان قلنا انه يملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على اخذه كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل احدهما للاخر عوض حقه وان قلنا لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين في العبد الجاني اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن المجني عليه قيمته احدهما لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد بذل له حقه والثاني يجبر لانه ربما زاد من راغب او زاد في قيمته وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل اجبر على بيعه لان حق رب المال في راس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع فان قال العامل انا اترك حقي ولا ابيع فان قلنا ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه لانه يريد ان يهب حقه وقبول الهبة لا يجب وان قلنا انه لا يملك بالظهور ففيه وجهان

صح من وق والبحر وغيرهم معنى

... راس المال من العروض وبقي الباقي مشتركا على رأي النسخة

واما السعد ادبون ... ذكره وانه حسبر سوا الاقرو عندهم ... يكون في المال ربح امر لا

على البيع براس المال الاعمر ...

احدهما انه لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد تركه فسقط البيع والثاني يجبر لان البيع لحقه ولحق رب المال في راس ماله فان رضي بترك حقه لم يرض رب المال بترك راس ماله وان فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل ان يتقاضاه لانه دخل في العقد على ان يرد راس المال على صفته فلزمه ان يرده فصل وان مات احدهما او جن انفسخ لانه عقد جائز فبطل بالموت والجنون كالوديعة والوكالة وان مات رب المال او جن واراد الوارث او الولي ان يعقد القراض والمال عرض فقد اختلف اصحابنا فيه قال ابو اسحق يجوز لانه ليس بابتداء قراض وانما هو بناء على مال القراض فجاز ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز فصل وان قارض في مرضه على ربح اكثر من اجرة المثل ومات اعتبر الربح من راس المال الذي يعتبر من الثلث ما زاد على اجرة مثله والربح ليس ماله وانما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث وان مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء لان حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء فصل وان قارض قراضا فاسدا وتصرف العامل نفذ تصرفه لان العقد بطل وبقي الاذن فملك به التصرف فان حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئا لان الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض فله اجرة المثل فانه شرطه فان لم يرض له بربح استحق لانه لم يرض ان يعمل الا بعوض فاذا لم يسلم له رجع الى اجرة المثل وان رضي بغير ربح بان قارضه على ان الربح كله لرب المال ففي الاجرة وجهان احدهما لا يستحق وهو قول المزني لانه رضي ان يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض والثاني يستحق وهو قول ابي العباس لان العمل في القراض يقتضي العوض فلا يسقط بشرطه كالوطء في النكاح وان كان له على رجل دين فقال له اقبض مالي عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض لان قبضه له من نفسه لا يصح واذا قارضه عليه فقد قارضه على ما لا يملكه فلم يصح وان اشترى العامل شيئا في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان احدهما ان ما اشتراه مع الربح لرب المال لانه اشتراه له باذنه ونقد فيه الثمن باذنه وبرئت ذمته من الدين لانه سلمه الى من اشترى منه باذنه ويرجع العامل باجرة المثل لانه عمل ليسلم له الربح ولم يسلم فرجع الى اجرة عمله والثاني ان الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه لان رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له فصل وان اختلف العامل ورب المال في تلف المال فادعاه العامل وانكر رب المال او في الخيانة فادعاها رب المال وانكر العامل فالقول قول العامل

بسبب خوه

لانه امين والاصل عدم الخيانة فكان القول قوله كالمودع فصل فان اختلفا
في رد المال فادعاه العامل وانكره رب المال ففيه وجهان احدهما لا يقبل قوله لانه قبض العين
لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والثاني يقبل قوله لان معظم منفعته لرب المال لان الجميع له
الا السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع فصل فان اختلفا في قدر
الربح المشروط فادعى العامل انه النصف وادعى رب المال انه الثلث تحالفا لانهما اختلفا في
عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن فان حلفا صار الربح كله ٢١١
لرب المال ويرجع العامل باجرة المثل لانه لم يسلم له المسمى فرجع ببدل عمله فصل
وان اختلفا في قدر راس المال فقال رب المال الفان وقال العامل الف فان لم يكن في المال ربح
فالقول قول العامل لان الاصل عدم القبض فلا يلزمه الا ما اقر به وان كان في المال ربح ففيه
وجهان احدهما ان القول قول العامل لما ذكرناه والثاني انهما يتحالفان لانهما اختلفا فيما يستحقان
من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط والصحيح هو الاول لان الاختلاف في الربح المشروط
اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن وهذا اختلاف في ما قبض
فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين اذا اختلفا في قبض الثمن فان القول قول البائع فصل
وان كان في المال عبد فقال رب المال اشتريته للقراض وقال العامل اشتريته لنفسي او قال رب
المال اشتريته لنفسك وقال العامل اشتريته للقراض فالقول قول العامل لانه قد يشتري لنفسه
وقد يشتريه للقراض ولا يتميز احدهما عن الاخر الا بالنية فوجب الرجوع اليه فان اقام رب المال البينة
انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان احدهما انه يحكم بالبينة لانه لا يشتري بمال
القراض الا للقراض والثاني انه لا يحكم بها لانه يجوز ان يشتري لنفسه بمال على وجه التعدي فلا
يكون للقراض لبطلان البيع فصل وان كان في يده عبد فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه
وانكر العامل فالقول قول العامل لان الاصل عدم النهي ولان هذا دعوى خيانة والعامل امين فكان
القول فيها قوله فصل وان كان ربح في المال القائم فادعى انه غلط فيه او اظهر ذلك خوفا من
نزع المال من يده لم يقبل قوله لان هذا رجوع عن الاقرار بالمال لغيره فلم يقبل كما لو اقر لرجل بمال ثم
ادعى انه غلط فان قال قد كان فيه ربح ولكنه هلك قبل قوله لانه دعوى التلف بعد الاقرار

باب العبد المأذون

لا يجوز للعبد المأذون ان يتجر بغير اذن المولى لان منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير اذنه فان رآه يتجر
فسكت لم يصر مأذونا له لانه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يكن السكوت اذنا فيه كبيع مال الاجنبي
فان اشترى في الذمة فقد اختلف اصحابنا فيه فقال ابو سعيد وابو اسحق الاصطخري لا يصح لانه عقد معاوضة
فلم يصح من العبد بغير اذن المولى كالنكاح وقال ابو علي بن ابي هريرة يصح لانه محجور عليه لحق غيره فصح
شراؤه في الذمة كالمفلس ويخالف النكاح فانه ينقص به قيمته ويستضر به المولى فلم يصح من غير اذنه فان
قلنا انه يصح دخل المبيع في ملك المولى لانه كسب للعبد فكان للمولى كما لو احتش او اصطاد ويثبت
الثمن في ذمته لان اطلاق البيع يقتضي ايجاب الثمن في الذمة فان علم البائع برقه لم يطالبه بالثمن
حتى يعتق لانه رضي بذمته فلزمه الصبر الى ان يوسر كما نقول فيمن باع من مفلس وان لم يعلم ثم علم فهو
بالخيار بين ان يصبر الى ان يعتق وبين ان يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله لانه تعذر الثمن فثبت له الخيار
كما لو باع من رجل ثم افلس بالثمن وان قلنا ان الشراء باطل وجب رد المبيع لانه مقبوض عن بيع فاسد
فان تلف في يد العبد اتبع بقيمته اذا عتق لانه رضي بذمته وان تلف في يد السيد جاز له مطالبة المولى في
الحال ومطالبة العبد اذا عتق لانه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق فصل وان اذن له في
التجارة صح تصرفه لان الحجر عليه لحق المولى وقد زال ذلك وما يكتسبه للمولى لانه ان دفع اليه مالا فاشترى به
كان المشترى عوض ماله فكان له وان اذن له في الشراء في الذمة كان المشترى من اكسابه
قضاه مما في يده لانه تناوله الاذن فان لم يكن في يده شيء اتبع به اذا عتق لانه دين لزمه برضا من له الحق
ويتعلق بذمته ولا يباع فيه رقبته لان المولى لم ياذن في رهنه ولم يقض مما اذن له فيه فصل ولا يتجر الا فيما
اذن له المولى لان تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما دخل فيه فان اذن له في التجارة لم يملك الاجارة ومن
اصحابنا من قال يملك اجارة ما يشتريه للتجارة لانه من فوائد المال فيملك العقد عليه كالصوف
واللبن والمذهب الاول لان المأذون فيه هو التجارة والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن في التجارة
فصل ولا يبيع نسيئة ولا بدون ثمن المثل لان اطلاق الاذن يحمل على العرف والعرف هو البيع بالنقد
وثمن المثل ولانه يتصرف في حق غيره فلا يملك الا ما فيه النظر والاحتياط وليس فيما ذكرناه نظر
ولا احتياط فلا يملك ولا يسافر بالمال لان فيه تغريرا بالمال ولا يملكه بغير اذنه وان اشترى من يعتق على مولاه

وهذا اذا اذن له في شرى العبيد وله ... ان له في شرى من يعتق عليه فلما اذن له في شرى العبيد لم يصح قوله

٢١٧

بغير اذنه فيه قولان احدهما انه لا يصح وهو الصحيح لان الاذن في التجارة يقتضي ما ينتفع به ويربح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه والثاني انه يصح لان العبد لا يصح منه الشرا لنفسه فاذا اذن له فقد اقامه مقام نفسه فوجب ان يملك جميع ما يملكه فان قلنا انه يصح فان لم يكن عليه دين عتق وان كان عليه دين ففيه قولان احدهما انه يعتق لانه ملكه والثاني لا يعتق لان حقوق الغرما تعلقت به فان اشتراه باذنه صح الشرا فان لم يكن عليه دين عتق عليه وان كان عليه دين فعلى القولين ومتى صح العتق لزمه ان يغرم قيمته للغرما لانه اسقط حقهم منه بالعتق فصل اذا اكتسب العبد مالا بان احتش او اصطاد او عمل في معدن فاخذ منه مالا او ابتاع او اتهب او اوصي له بمال فقبل دخل ذلك في ملك المولى لانه اكتساب ماله فكان له فان ملكه المولى مالا ففيه قولان قال في القديم يملك لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع ولانه يملك البضع فملك المال كالحر وقال في الجديد لا يملك لانه سبب يملك به المال فلا يملك به العبد كالارث فان ملكه جارية واذن له في وطئها ملك وطئها في قوله القديم ولا يملك في الجديد وان ملكه نصابا لم يجب زكوته على المولى في قوله القديم ويجب في الجديد فان وجب عليه كفارة كفر بالاطعام والكسوة في قوله القديم وكفر بالصوم في قوله الجديد واما العتق فلا يكفر به على القولين لانه يتضمن الولا والعبد ليس من اهل الولا وان باعه وشرط المبتاع ماله جاز في قوله القديم ان يكون المال مجهولا لانه تابع ولا يجوز ذلك في قوله الجديد لانه غير تابع

كتاب المساقاة

تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع وتجوز على الكرم لانه شجر تجب الزكوة في ثمرته فجازت المساقاة عليه كالنخل وتجوز على الفسلان وصغار الكرم الى مدة يحمل لانه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم ولا تجوز على المباطخ والمقاثي والعلف وقصب السكر لانها بمنزلة الزرع فكانت المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع واختلف قوله في سائر الاشجار المثمرة كالتين والتفاح فقال في القديم تجوز المساقاة عليها لانها شجر مثمر فاشبه النخل والكرم وقال في الجديد لا تجوز لانه لا تجب الزكوة في ثمارها فلم تجز المساقاة عليها كالغرب والخلاف واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الام تجوز لانه اذا جاز على

الغرب شجر يتخذ منه الجفان والخلاف شجر يتخذ منه الادوية

ومن العمل ما فيه مستزاد في الثمار مثل السقي وتصريف الجريد وقطع الحشيش المضر بالنخل ... اذا بقي من العمل عليها مستزاد في الثمرة

وقال الخراسانيون لا خلاف ... الصلاح ... والاظهر ما قاله العراقيون ... في الجميع

الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلان تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر ابعد اولى وقال في البويطي لا تجوز لان المساقاة عقد على غرر وانما اجيز على الثمرة المعدومة للحاجة الى استخراجها بالعمل فاذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة فلم يجز فصل ولا تجوز الا على شجر معلوم فان قال ساقيتك على احد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة تختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم تجز على حائط غير معين كالبيع وهل تجوز على حائط لم يره فيه طريقان احدهما انه على قولين كالبيع والثاني انه لا يصح قولا واحدا لان المساقاة معقودة على الغرر فلا تجوز ان يضاف اليه الغرر بعدم الرؤية بخلاف البيع فصل ولا تجوز الا على مدة معلومة لانه عقد لازم فلو جوزناه مطلقا استبد العامل بالاصل وصار كالمالك ولا تجوز على اقل من مدة توجد فيها الثمرة فان ساقاه على النخل او على الودي الى مدة لا تحمل لم تصح لان المقصود ان يشتركا في الثمرة وذلك لا يوجد فان عمل العامل فهل يستحق اجرة المثل فيه وجهان احدهما لا يستحق وهو قول المزني لانه رضي ان يعمل بغير عوض فلم يستحق الاجرة كالمتطوع في غير المساقاة والثاني انه يستحق وهو قول ابي العباس لان العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضى بتركه كالوطي في النكاح وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان احدهما انها تصح لانه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة فاشبه اذا ساقاه الى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب والثاني انها لا تصح وهو قول ابي اسحق لانه عقد على عوض غير موجود ولا الظاهر وجوده فلم يصح كما لو اسلم في معدوم الى محل لا يوجد في الغالب فعلى هذا ان عمل استحق اجرة المثل لانه لم يرض ان يعمل من غير بدل ولم يسلم له البدل فرجع الى بدل عمله واختلف قوله في اكثر مدة الاجارة والمساقاة فقال في موضع سنة وقال في موضع يجوز ما شاء وقال في موضع يجوز ثلثين سنة فمن اصحابنا من قال فيه ثلثة اقوال احدها لا يجوز اكثر من سنة لانه عقد على غرر اجيز للحاجة ولا تدعو الحاجة الى اكثر من سنة لان منافع الاعيان تتكامل في سنة والثاني يجوز ما يبقى العين لان كل عقد جاز الى سنة جاز الى اكثر منها كالكتابة والبيع الى اجل والثالث يجوز الى ثلثين سنة لان الثلثين نصف العمر ولا تبقى الاعيان على صفة اكثر من ذلك ومنهم من قال هي على القولين الاولين واما الثلثون فانما ذكره على سبيل التكثير لا على سبيل التحديد وهو الصحيح فان ساقاه الى سنتين لم يجب ذكر قسط كل سنة لان شهور السنة لا تختلف منافعها وان ساقاه

... والتوجيه ... في السنة معرفة

الى سنتين ففيه قولان احدهما لا يجب كما اذا اشترى اعيانا بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل
عين منها والثاني يجب لان المنافع تختلف باختلاف السنين فاذا لم يذكر قسط كل سنة لم يامن ان ينفسخ
العقد فلا يعرف ما يرجع به من العوض ومن اصحابنا من قال القولان في الاجارة فاما في المساقاة فانه يجب
ذكر قسط كل سنة من العوض لان الثمار تختلف باختلاف السنين والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف
السنين فصل وان ساقاه الى عشر سنين وانقضت المدة ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة
لم يكن للعامل فيها حق لانها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد وان اطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت
المدة وهي طلع او بلح تعلق بها حق العامل لانها حدثت قبل انقضاء المدة فصل ولا تجوز الا ٢١٥
على جزء معلوم فان ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لحديث ابن عمر وان عقد على
جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح لان ذلك يقع على القليل والكثير فيعظم الغرر
وان ساقاه على صاع معلوم لم يصح لانه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل وربما لا يحصل الا
ذلك فيستضر رب النخل وان ساقاه على ان له ثمرة نخلات بعينها لم يصح لانه قد لا تحمل تلك
النخلات فيستضر العامل او لا تحمل الا هي فيستضر رب النخل وان ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة
سنة غير السنة العاشرة لم يصح لانه شرط عليه بعد حقه عملا لا يستحق عليه عوضا وان
شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان احدهما انه يصح كما يصح ان يعمل في جميع السنة
وان كانت الثمرة في بعضها والثاني لا يصح لانه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئا من ثمرتها
فصل ولا يصح الا على عمل معلوم فان قال ان سقيته بالسيح فلك الثلث وان سقيته بالناضح
فلك النصف لم يصح لانه عقد على مجهول فصل وينعقد بلفظ المساقاة لانه موضوع له وينعقد
بما يؤدي معناه لان القصد منه المعنى فصح بما دل عليه وان قال استاجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته
لم يصح لانه عقد اجارة بعوض مجهول الغرر فلم يصح فصل ولا يثبت فيه خيار الشرط لانه
اذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وفي خيار المجلس وجهان احدهما يثبت فيه لانه عقد لازم
يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع والثاني لا يثبت لانه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في
المجلس فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع فصل واذا تم العقد لم يجز لواحد منهما
فسخه لان الثمار متاخرة عن العمل فلو قلنا انه يملك الفسخ لم يامن ان ينفسخ بعد العمل ولا يحصل له

الثمرة فصل وعلى العامل ان يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح وصرف الجريد واصلاح
الاجاجين وتنقية السواقي والسقي وقلع الحشيش المضر بالنخل وعلى رب النخل ما فيه حفظ
الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران لان ذلك لحفظ الاصل ولهذا لو لم يرد
ان يستثمر فعل هذا كله واختلف اصحابنا في الجداد واللقاط فمنهم من قال لا يلزم العامل ذلك
لانه يحتاج اليه بعد تكامل النماء ومنهم من قال يلزمه لانه لا تستغني عنه الثمرة وان شرط العامل
في القراض والمساقاة ان يعمل معه رب المال لم يصح لان موضوع العقد ان يكون المال من رب المال والعمل من العامل
فاذا لم يجز شرط المال على العامل لم يجز شرط العمل على رب المال وان شرط ان يعمل معه غلمان رب
المال فقد نص في المساقاة انه يجوز ~~ونص في القراض انه لا يجوز~~ واختلف اصحابنا فيهما على ثلثة
اوجه فمنهم من قال لا يجوز فيهما لان عمل الغلمان كعمل رب المال فاذا لم يجز شرط عمله لم يجز
شرط عمل غلمانه وحمل قوله في المساقاة على انه اراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره
والثاني يجوز فيهما لان غلمانه مال له فجاز ان يجعل تابعا لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع
بخلاف رب المال فانه مالك فلا يجوز ان يجعل تابعا لماله والثالث انه يجوز في المساقاة ولا يجوز في
القراض لان في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز ان يشترط فيها عمل غلمانه
وليس في القراض ما يلزم رب المال فلم يجز شرط غلمانه فاذا قلنا انه يجوز لم يصح حتى يعرف الغلمان
بالرؤية او الوصف ويجب ان يكون الغلمان تحت امر العامل واما نفقتهم فانه ان شرط على العامل جاز
~~وكذلك ان شرط على رب المال لانه يعملهم~~ بحفظ الاصل وتربية الثمرة وان لم يشترط ففيه
ثلثة اوجه احدها انها على العامل لان العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه والثاني انها على
رب المال لانه شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه والثالث انها من الثمرة لان عملهم على
الثمرة فكانت النفقة منها فصل واذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من اصحابنا من قال هي على
القولين في العامل في القراض احدهما يملك بالظهور والثاني بالتسليم ومنهم من قال في المساقاة يملك
بالظهور قولا واحدا لان الثمرة لم تجعل وقاية لراس المال فملكت بالظهور والربح جعل وقاية
لراس المال فلم يملك بالظهور في احد القولين فصل والعامل امين فيما يدعي من هلاك وفيما
يدعى عليه من خيانة لانه ائتمنه رب المال فكان القول قوله فان ثبتت خيانته ضم اليه من يشرف عليه

ولا تزال يده لأن العمل مستحق عليه ويمكن استيفاؤه منه فوجب أن يستوفى وإن لم يحفظ استؤجر عليه من ماله من يحفظ عنه لأنه تعذر استيفاء العمل بفعله فاستوفي بغيره فصل وإن هرب رفع الأمر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه فإن لم يكن له مال اقترض عليه فإن لم يجد من يقرض فلرب النخل أن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ كما لو اشترى عبدا فأبق من يد البائع فإن فسخ نظرت فإن لم تظهر الثمرة فهي لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجرة ما عمل وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير إذن الحاكم لم يرجع لأنه متبرع وإن لم يقدر على إذن الحاكم فإن لم يشهد لم يرجع لأنه متبرع وإن أشهد ففيه وجهان أحدهما يرجع لأنه موضع ضرورة والثاني لا يرجع لأنه يصير حاكما لنفسه على غيره وهذا لا يجوز لا لضرورة ولا لغيرها فصل وإن مات العامل قبل الفراغ فإن تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وإن لم يعمل فإن كان له تركة استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين وله تركة وإن لم يكن له تركة لم يلزم الوارث العمل لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث كالدين ولا يقترض عليه لأنه لا ذمة له ولرب النخل أن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فإن فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب فصل وإن ساقى رجلا على نخل على النصف فعمل فيه العامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل رجع العامل على من ساقاه بالأجرة لأنه عمل بعوض ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك وإن تلفت رجع بالبدل فإن أراد أن يضمن الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع وإن أراد أن يضمن العامل ففيه وجهان أحدهما يضمنه الجميع لأن يده ثبتت على الجميع فضمنه كالعامل في القراض في المال المغصوب والثاني أنه لا يضمن إلا النصف لأنه لم يحصل في يده إلا ما أخذه بالقسمة وهو النصف وأما النصف الآخر فإنه لم يكن في يده لأنه لو كان في يده لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض فصل إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط فقال العامل شرطت لي النصف وقال رب النخل شرطت لك الثلث تحالفا لأنهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بينة فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن

باب المزارعة

لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه لما روى سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع قال قلنا وما ذاك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى فأما إذا كان بين النخل بياض لا يمكن سقي النخل إلا بسقيه نظرت فإن كان النخل كثيرا والبياض قليلا جاز أن يساقيه على النخل ويزارعه على الأرض لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة لأنها أجيزت تبعا للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان أحدهما لا يصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه إذا تقدمت والثاني يصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان أحدهما يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض والثاني لا يجوز لأنهما إذا تفاضلا تميزا فلم يكن أحدهما تبعا للآخر وإن كان النخل قليلا والبياض كثيرا ففيه وجهان أحدهما يجوز لأنه لا يمكن سقي النخل إلا بسقي الأرض فأشبه الكثير والثاني لا يجوز لأن البياض أكثر ولا يجوز أن يكون الأكثر تابعا للأقل

تم الجزء التاسع عشر يتلوه الجزء العشرون

كتاب الإجارة

بسم الله الرحمن الرحيم

يجوز عقد الإجارة على المنافع المباحة والدليل عليه قوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وروى ابن المسيب رحمه الله عن سعد رضي الله عنه قال كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق وروى أبو أمامة التيمي قال سألت ابن عمر فقلت إنا قوم نكري في هذا الوجه وإن قوما يزعمون أن لا حج لنا فقال ابن عمر ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة إن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عما سألت عنه فلم يرد عليه حتى نزل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فتلاها عليه وروى ابن عباس

أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجرته ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى
الأعيان فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع **فصل**
ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه محرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم **فصل**
واختلف أصحابنا في استئجار الكلب للصيد فمنهم من قال يجوز لأن فيه منفعة مباحة فجاز استئجاره
كالفهد ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة وهو الصيد وحفظ
الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه الأمور والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم
من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وما أبيح للحاجة لم
يجز أخذ العوض عليه كالميتة ولأنه لا تضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها **فصل**
واختلفوا في استئجار الفحل للضراب فمنهم من قال يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالإعارة فجاز أن
يستباح بالإجارة كسائر المنافع ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لما روى ابن عمر رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن عسب الفحل ولأن المقصود هو الماء الذي يخلق منه وهو محرم
لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم **فصل** واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير
ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال فمنهم من قال يجوز لأنه منفعة
مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن الدراهم والدنانير
لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض
عنه من أكل المال بالباطل ولأنه لا تضمن منفعتها بالغصب فلم تضمن بالعقد **فصل** وفي الكافر
إذا استأجر مسلما إجارة معينة فمنهم من قال فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار
كبيع العبد المسلم منه ومنهم من قال يصح قولا واحدا لأن عليا كرم الله وجهه كان يستقي
الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة **فصل** ولا يصح إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد
يقصد به المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع **فصل** وينعقد بلفظ الإجارة
لأنه لفظ موضوع له وهل ينعقد بلفظ البيع فيه وجهان أحدهما ينعقد لأنه صنف من البيع
لأنه يملك بقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانعقد بلفظه والثاني لا ينعقد لأنه
يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح **فصل** ويجوز على منفعة عين

ازرعوا أجرني عبدك هذا أو جملك هذا فملك المستأجر منفعة كالعين المعينة حالوا اشتراه منه

حاضرة مثل أن يستأجر ظهرا بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر
ظهرا في الذمة للركوب ويجوز على عمل معين مثل أن يكتري رجلا ليخيط له ثوبا أو يبني له حائطا
ويجوز على عمل في الذمة مثل أن يكتري رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط لأن
الإجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوف في الذمة فكذلك الإجارة وفي استئجار عين
لم يرها قولان أحدهما لا يصح والثاني يصح ويثبت له الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع **فصل** ويجوز
على عين مفردة وعلى جزء مشاع لأنا بينا أنه بيع والبيع يجوز في المفرد والمشاع فكذلك الإجارة
فصل ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها فإن استأجر أرضا للزراعة
لم يصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر في الجبل لأن المنفعة
في الإجارة كالعين في البيع فإذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم يجز إجارة منفعة لا يقدر عليها
فإن اكترى أرضا على نهر إذا زاد سقي وإذا لم يزد لم يسق كأرض مصر والفرات وما يشرب من دجلة
نظرت فإن اكتراها بعد الزيادة صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه فهو كبيع الطير
في القفص وإن كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح كبيع
الطير في الهواء وإن أكرى أرضا لا ماء لها ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة ففيه وجهان أحدهما
لا يصح لأن الأرض لا تكترى في العادة إلا للزراعة فصار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة والثاني
إن كانت الأرض عالية لا يطمع في سقيها صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكترها للزراعة وإن
كانت مستفلة يطمع في سقيها بسوق الماء إليها من موضع لم يصح لأنه اكتراها للزراعة مع
تعذر الزراعة وإن اكترى أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا ينبت في الماء كالحنطة والشعير
نظرت فإن كان للماء مغيض إذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة صح العقد لأنه يمكن
زراعتها بفتح المغيض كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب وإن لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر
عنها لم يصح العقد لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما في
يد الغاصب فإن كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان أحدهما لا يصح لأنه لا
يمكن استيفاء المنفعة في الحال والثاني يصح وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لأنه يعلم بالعادة
إمكان الانتفاع به وإن اكترى أرضا على ماء إذا زاد غرقت فاكتراها قبل الزيادة صح العقد

أي تخشى عليها الغرق

221

لان الغرر يتوهم ولا يمنع صحة العقد (فصل) وان استاجر رجلا ليعلمه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان احدهما يصح كما يصح ان يشتري سلعة بدراهم وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم والثاني لا يصح لانه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يجز كما لو اجر عبد غيره (فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة القدر لانا بينا ان الاجارة بيع والبيع لا يصح الا في معلوم القدر فكذلك الاجارة ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل او بتقدير المدة فان كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب الى مكان قدرت بالعمل لانها معلومة في نفسها فلا تقدر بغيرها وان قدر بالعمل والمدة بان استاجره يوما ليخيط له قميصا فالاجارة باطلة لانه يؤدي الى التعارض وذلك انه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم فان طولب في بقية اليوم بالعمل اخل بشرط العمل وان لم يطالب اخل بشرط المدة وان كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها كالسكنى والرضاع وسقي الارض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لان السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الارض من السقي يختلف ولا ينضبط مقداره ومقدار التجصيص والتطيين لا ينضبط لاختلافه في الرقة والثخونة فقدر بالمدة واختلف اصحابنا في استئجار الظهر للحرث فمنهم من قال يجوز ان يقدر بالعمل بان يستاجره ليحرث ارضا بعينها ويجوز ان يقدر بالمدة بان يستاجره ليحرث له شهرا ومنهم من قال لا يجوز تقديره بالمدة والاول اظهر لانه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما (فصل) وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء فان قال اجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة وقال في الاملاء يصح في الشهر الاول ويبطل فيما زاد لان الشهر الاول معلوم وما زاد مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال اجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد فبحسابه والصحيح هو الاول لانه عقد على الشهر وما زاد من الشهور وذلك مجهول فبطل ويخالف هذا اذا قال اجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد فبحسابه لان هناك افرد الشهر الاول بالعقد وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل في الجميع وان اجره سنة مطلقة حمل على سنة بالاهلة لان السنة المعهودة في الشرع سنة الاهلة والدليل عليه قوله عز وجل يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج فوجب ان يحمل العقد عليه

222

فان كان العقد في اول الهلال عد اثنا عشر شهرا بالاهلة تاما كان الشهر او ناقصا وان كان في اثناء الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده احد عشر شهرا بالاهلة ثم كمل عدد الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر اتمامه بالشهر الهلالي فتمم بالعدد وان اجره سنة شمسية ففيه وجهان احدهما لا يصح لانه على حساب النسيء فيه ايام والنسيء حرام والدليل عليه قوله تعالى انما النسيء زيادة في الكفر والثاني يصح لانه وان كان النسيء حراما الا ان المدة معلومة فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان وفي اكثر المدة التي يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة (فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة لان الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع والبيع لا يصح الا في معلوم فكذلك الاجارة فان كان المكرى دارا لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار لان المنفعة تختلف باختلافها فوجب العلم بها ولا تعرف ذلك الا بالتعيين لانها لا تنضبط بالصفة فافتقر الى التعيين كالعقار والجواهر في البيع وهل يفتقر الى الرؤية فيه قولان بناء على القولين في البيع ولا يفتقر الى ذكر السكنى ولا الى ذكر صفتها لان الدار لا تكرى الا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغني عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف وان اكرى ارضا لم يصح حتى تعرف الارض لما ذكرناه في الدار ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء لان الارض تكرى لهذه المنافع وتاثيرها في الارض يختلف فوجب بيانها وان قال اجرتك هذه الارض لتزرعها ما شئت جاز لانه جعل له زراعة اضر الاشياء فاي صنف زرع لم يستوف اكثر من حقه وان قال اجرتك لتزرع واطلق ففيه وجهان احدهما لا يصح لان الزروع مختلفة في التاثير في الارض فوجب بيانها والثاني يصح لان التفاوت بين الزرع يقل وان قال اجرتك لتزرعها او تغرسها لم يصح لانه جعل له احدهما ولم يعين فلم يصح كما لو قال بعتك احد هذين العبدين وان قال اجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان احدهما لا يصح وهو قول المزني وابي العباس وابي اسحاق لانه لم يبين المقدار من كل واحد منهما والثاني يصح وله ان يزرع النصف ويغرس النصف وهو ظاهر النص وهو قول ابي الطيب بن سلمة لان الجمع بينهما يقتضي التسوية فوجب ان يكونا نصفين (فصل) وان استاجر ظهرا للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب لان الغرض يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لانه ينضبط بالصفة فجاز ان يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع وان كان في الجنس نوعان مختلفان في السير

كالمهملج والقطوف فإن الجميع فيه وجهان أحدهما يفتقر إلى ذكره لأن سيرهما يختلف والثاني
لا يفتقر لأن التفاوت في جنس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراكب ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه
يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ولا يصح حتى يعرف
ما يركب به من سرج وغيره لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب فإن كان عمارية أو محملا ففيه ثلاثة
أوجه أحدها يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج
والقتب والثاني إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لأنها لا تختلف
وإن كانت من الخراسانية الثقال لم يجز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت والثالث وهو المذهب أنه
لا يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا ينضبط بالصفة فوجب تعيينه
واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا لأنها
تختلف فوجب العلم بها ومنهم من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه والثاني يجوز
ويحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء في الإجارة
والحمل في البيع وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لأنه معلوم
بالعرف فجاز العقد عليه مطلقا كالثمن في موضع فيه نقد متعارف فإن لم يكن فيه منازل
معروفة لم يصح حتى يبين لأنه يختلف ولا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه فصل وإن
استأجر ظهرا لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر لأنه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى
يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن لأن ذلك يختلف على البهيمة ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه
يختلف فإن كان موزونا ذكر وزنه وإن كان مكيلا ذكر كيله فإن ذكر الوزن فهو أولى لأنه أحصر
وأبعد من الغرر فإن عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وإن لم تعرف كيلها
وإن شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لأنه يدخل في الشرط ما يقتل البهيمة وذلك لا يجوز فبطل
به العقد فأما الظروف التي فيها المتاع فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد لأن الغرر قد زال
بالوزن وإن لم تدخل في وزن المتاع نظرت فإن كانت ظروفا معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد
عليها من غير تعيين لأنها لا تتفاوت وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين لأنها تختلف ولا تنضبط بالصفة
فوجب تعيينه فصل فإن استأجر ظهرا للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر لأنه لا يجوز إلا على مدة

مثل تلك البهيمة صح العقد وحملا عليه قال القاضي أبو الطيب إلا أن يكون ذلك الطريق مخوفا فلا يجوز له أن يسير فيه لأن السير ليس إلى اختيارهما وإن لم يشترطاه
على ما جرت به العادة في تلك الطريق من لعطاه

وذلك يختلف باختلاف الأرض فوجب العلم به وإن لم يعرف ذلك إلا بالتعيين والصفة لأنه ينضبط
بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ولا يصح حتى يعرف الدولاب
لأنه يختلف ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه لا ينضبط بالصفة فوجب تعيينه فصل وإن استأجر ظهرا
للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها وإن كان على جريان
لم يفتقر إلى العلم بالظهر لأنه لا يختلف وإن كان على مدة فعلى أنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذي يحرث به
لأن العمل يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقي فصل وإن استأجر ظهرا
للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يداس لأن العمل يختلف باختلافه فإن كان على زرع معين لم يفتقر
إلى ذكر الحيوان الذي يداس به لأنه لا غرض في تعيينه فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي يداس به
لأن العمل يختلف باختلافه فصل وإن استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة
لأن الصيد يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لأنه ينضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسل عليه
من الصيد لأن لكل صنف من الصيد تأثيرا في إتعاب الجارحة فصل وإن استأجر رجلا ليرعى له مدة لم يصح
حتى يعرف جنس الحيوان لأن لكل جنس من الماشية تأثيرا في إتعاب الراعي ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى
جنس في الذمة فإن عقد على جنس موصوف لم يصح حتى يذكر العدد لأن العمل يختلف باختلافه ومن أصحابنا من
قال يجوز مطلقا ويحمل على ما جرت العادة أن يرعاه الواحد من مائة وأقل وأكثر والأول أظهر لأن ذلك
يختلف وليس فيه عرف واحد فصل وإن استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذي عقد
على رضاعه لأنه يختلف الرضاع باختلافه ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه لا ينضبط بالصفة ولا
يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين فصل وإن استأجر
رجلا لحفر بئر أو نهر لم يصح العقد حتى تعرف الأرض لأن الحفر يختلف باختلافها ولا يصح حتى يذكر
الطول والعرض والعمق لأن الغرض يختلف باختلافها وإن استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول
والسمك والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين لأن الأغراض تختلف باختلافها وإن استأجره
لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد وعلى هذا
جميع الأعمال التي يستأجر عليها وإن كان فيما يختلف الغرض باختلافه فيها ما لا يعرفه رجع فيه إلى
أهل الخبرة ليعقد على شرطه كما إذا أراد أن يعقد النكاح ولم يعرف شروط العقد رجع إلى من يعرفه

ليعقد بشروطه وان عجز عن ذلك فوض الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الاعمى في البيع
والشراء من يشاهد المبيع **فصل** وان استاجر ليعلمه سورة من القران لم يصح حتى يعرف السورة لان الغرض
يختلف باختلافها وان كان على ان يعلمه عشر ايات من القران لم يصح حتى يعينها لان ايات القران تختلف وان كان
على عشر ايات من سورة معينة ففيه وجهان احدهما انه لا يصح لان الاعشار تختلف والثاني يصح لما روى
ابو هريرة رضي الله عنه قال جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه فقال
لها اجلسي بارك الله فيك اما نحن فلا حاجة لنا فيك ولكن تملكينا امرك قالت نعم فنظر رسول الله
صلى الله عليه وسلم في وجوه القوم فدعا رجلا منهم فقال لها اني اريد ان ازوجك هذا ان رضيت
فقالت ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت ثم قال للرجل هل عندك من شيء قال لا والله قال ما تحفظ
من القران قال سورة البقرة والتي تليها قال قم فعلمها عشرين اية وهي امراتك وهل يفتقر الى تعيين
الحرف فيه وجهان احدهما لا يصح حتى يعين الحرف لان الاغراض تختلف باختلاف الحروف والثاني انه
لا يفتقر لان ما بين الاحرف من الاختلاف قليل **فصل** وان استاجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر
انه افراد او قران او تمتع لان الاغراض تختلف باختلافها فاما موضع الاحرام فقال في الام لا يجوز حتى يعين
وقال في الاملاء اذا استاجر اجيرا احرم من الميقات ولم يشترط التعيين واختلف اصحابنا فيه فقال ابو اسحق
المروزي فيه قولان احدهما لا يجوز حتى يعين لان الاحرام قد يكون من الميقات وقد يكون من دويرة اهله وقد
يكون من غيرهما فاذا اطلق صار العقد على مجهول فلم يصح والثاني انه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع
لان الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق اليه كنقد البلد في البيع ومن اصحابنا من قال ان كان الحج عن حي لم
يجز حتى يعين لانه يمكن الرجوع الى معرفة غرضه وان كان عن ميت جاز من غير تعيين لانه لا يمكن الرجوع الى
معرفة غرضه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يعين احدهما
لانه ليس احدهما اولى من الاخر فوجب بيانه كالثمن في موضع فيه نقدان وان لم يكن له الا ميقات واحد جاز من غير تعيين
كالثمن في موضع ليس فيه الا نقد واحد وحمل القولين على هذين الحالين فان ترك التعيين وقلنا انه لا يصح فحج
الاجير انعقد الحج للمستاجر لانه فعله باذنه مع فساد العقد فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع
فصل ولا تصح الاجارة الا على اجرة معلومة لانه عقد يقصد به العوض فلم يصح من غير ذكر العوض
كالبيع ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها لان المنافع في الاجارة كالاعيان في البيع ثم

الاعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع **فصل** ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى
ابو سعيد الخدري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
ولانه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع وان عقد بما جزاف نظرت فان كان العقد على منفعة
في الذمة ففيه قولان لان اجارة المنفعة في الذمة كالسلم وفي السلم على مال جزاف قولان فكذلك
في الاجارة وان كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان من اصحابنا من قال يجوز قولا واحدا لان
اجارة العين كبيع العين وفي بيع العين يجوز ان يكون العوض جزافا قولا واحدا فكذلك
في الاجارة ومنهم من قال فيه قولان احدهما يجوز والثاني لا يجوز لانه عقد على منتظر وربما
انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض وكان في عوضه جزافا قولان كالسلم وان كانت الاجارة
على منفعة معينة جاز باجرة حالة ومؤجلة لان اجارة العين كبيع العين وبيع العين يصح بثمن
حال ومؤجل فكذلك الاجارة فان اطلق العقد وجبت الاجرة بالعقد ويجب تسليمها بتسليم العين
لما روى ابو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجرته قبل ان يجف
رشحه ولان الاجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين فكذلك الاجارة
فان استوفى المنفعة استقرت الاجرة لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال قال ربكم ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه
ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يوفه اجره ولانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما
لو قبض المبيع وان سلم اليه العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر
البدل لان المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف في يد المشتري فان عرض العين على
المستاجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الاجرة لان المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه
ضمانها كالمشتري اذا اتلف المبيع في يد البائع وان كان هذا في اجارة فاسدة استقر عليه اجرة المثل
لان الاجارة كالبيع والمنفعة كالعين ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل فكذلك في الاجارة
وان كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز باجرة مؤجلة لان اجارة ما في الذمة كالسلم ولا يجوز السلم بثمن
مؤجل فكذلك الاجارة ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم ومن اصحابنا من قال ان كان العقد
بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لانه سلم وان كان بلفظ الاجارة لم يجب لانه اجارة والاول اظهر لانه

الحكم بيع المعنى لا الاسم ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ولا تستقر الاجرة في هذه الاجارة الا باستيفاء المنفعة لان المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه

فصل وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالا ومؤجلا لان الاجارة في الذمة كالسلم والسلم يجوز حالا ومؤجلا فكذلك الاجارة وان استأجر منفعة في الذمة واطلق وجب المنفعة حالة كما اذا اسلم في شيء واطلق وجب حالا فان استأجر رجلا يحج في الذمة لزمه الحج من سنته فان اخره عن السنة فان كانت الاجارة عن حي كان له ان يفسخ لان حقه تأخر وله في الفسخ فائدة وهو ان يتصرف في الاجرة وان كانت عن ميت لم يفسخ لانه لا يمكن التصرف في الاجرة اذا فسخ العقد ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية فلم يكن للفسخ وجه وما عقد على منفعة معينة لا يجوز الا حالا فان كان على مدة لم يجز الا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد وان كان على عمل معين لم يجز الا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لان اجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الاجارة فان استأجر من يحج لم يجز الا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه فان كان في موضع قريب لم يجز قبل اشهر الحج لانه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد وان كان في موضع بعيد لا يدرك الحج الا ان يسير قبل اشهره لم يستأجر الا في الوقت الذي يتوجه بعده لانه وقت الشروع في الاستيفاء فان قال اجرتك هذه الدار شهرا لم يصح لانه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين فبطل كما لو قال بعتك عبدا فان اجر دارا من رجل شهرا من وقت العقد ثم اجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الاول ففيه وجهان احدهما لا يصح لانه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد فاشبه اذا اجرها من غيره والثاني انه يصح وهو المنصوص لانه ليس لغيره يد حائلة بينه وبين ما استأجره ولان احد الشهرين لا ينفصل عن الآخر فاشبه اذا جمع بينهما في العقد

فصل فان اكرى ظهرا من رجلين يتعاقبان عليه او اكرى من رجل واحد عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز وقال المزني لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونا لانه يتأخر حق احدهما عن العقد فلم يجز كما لو اكراه ظهرا في مدة تتأخر عن العقد والمذهب الاول لان استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد وانما يتأخر في القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو ابتاع من رجل صبرة فانه يصح وان تأخر حق احدهما بالقسمة فان كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول حمل العقد عليه مطلقا وحملا في الركوب والنزول على العادة لانه معلوم بالعرف فحمل الاطلاق عليه كالنقد

المعروف في البيع وان لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لانه غير معلوم بالعادة فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه فان اختلفا في البادي في الركوب اقرع بينهما فمن خرجت عليه القرعة قدم لانهما تساويا في الملك فقدم بالقرعة

فصل وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار لان الخيار يمنع من التصرف فان حسب ذلك على المكري زاد ما عليه في المدة وان حسب على المكتري نقص من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس فيه وجهان احدهما لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط والثاني يثبت لانه قدر يسير ولكل واحد منهما الاستقالة فيه وان كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة اوجه احدها لا يثبت فيه الخياران لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار والثاني يثبت فيه الخياران لان المنفعة المعينة كالعين المعينة في البيع ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة والثالث يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط لانه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم وان كانت الاجارة على منفعة في الذمة ففيه وجهان احدهما لا يثبت فيه الخياران لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار والثاني يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط لان الاجارة في الذمة كالسلم وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط فكذلك في الاجارة

فصل واذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما ان ينفرد بفسخه من غير عيب لان الاجارة كالبيع ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكري ما يحتاج اليه للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التي في انفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس لان التمكين عليه ولا يحصل التمكين الا بذلك فان تلف منه شيء في يد المكتري لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكري بدله لان التمكين مستحق عليه الى ان يستوفي المستأجر المنفعة وما يحتاج اليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكتري لان ذلك يراد لكمال الانتفاع واختلف اصحابنا فيما يشد به احد المحملين الى الآخر فمنهم من قال هو على المكري لانه من آلة التمكين فكان على المكري ومنهم من قال هو على المكتري لانه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه الى بعض

فصل وعلى المكري انشاء الجمل وحطه وسوق الظهر وقوده لان العادة ان يتولاه المكري فحمل العقد عليه وعليه ان يبرك الجمل للمرأة وعليه ان ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لانه لا يمكن ذلك على الظهر

الذي شاوي عجزه عجز المريض واله ، هذا تمام الكلام

والمريض والشيخ الضعيف لان ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع فكان عليه واما اجرة الدليل
فيعتبر فيه فان كانت الاجارة على تحصيل الراكب فهو على المكري لان ذلك من مؤونة التحصيل
وان كانت الاجارة على ظهر بعينه فهو على المكتري لان الذي يجب على المكري تسليم الظهر وقد فعل
وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش لانه من مقتضى التمكين فان امتلأ في يد المكتري ففي كسحه وجهان
احدهما انه على المكري لانه من مقتضى التمكين فكان عليه والثاني انه على المكتري لانه حصل بفعله فكان
تنقيته عليه كتنظيف الدار من القماش وعلى المكري اصلاح ما انهدم من الدار وابدال ما تكسر من
الخشب لان ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه واختلف اصحابنا في المستاجرة على الرضاع هل تلزمها
الحضانة وغسل الخرق فمنهم من قال تلزمها لان الحضانة تابعة للرضاع فاستحقت بالعقد على الرضاع ومنهم
من قال لا تلزمها لانهما منفعتان مقصودتان ينفرد احداهما عن الاخرى فلا تلزم بالعقد على احداهما
الاخرى ويجب عليها ان تاكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به وللمستاجر ان يطالبها بذلك لانه من مقتضى
التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي فصل وعلى المكري علف الظهر وسقيه لان ذلك من مقتضى
التمكين فكان عليه وان هرب الجمال وترك الجمال فللمستاجر ان يرفع الامر الى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف
لان ذلك مستحق عليه فجاز ان يوصل الحاكم اليه فان انفق المستاجر ولم يستاذن الحاكم لم يرجع به لانه متطوع
فان رفع الى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه فان اقترض من المستاجر وقبضه منه ثم دفعه اليه
لينفق جاز وان لم يقبض منه ولكنه اذن له في الانفاق عليها قرضا على الجمال ففيه قولان احدهما لا يجوز
لانه اذا انفق احتجنا ان نقبل قوله في استحقاق حق له على غيره والثاني يجوز لانه موضع ضرورة لانه لا بد
للجمال من علف وليس هاهنا من ينفق غيره فان اذن له وانفق ثم اختلفا في قدر ما انفق فان كان ما
يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت اليه لانه ان كان كاذبا فلا حق له وان كان صادقا فهو متطوع
بالزيادة فلم تصح الدعوى وان كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لانه مؤتمن في الانفاق فقبل
قوله فيه فان لم يكن حاكم وانفق ولم يشهد لم يرجع لانه متطوع وان اشهد فهل يرجع فيه وجهان
احدهما لا يرجع لانه يثبت لنفسه حقا على غيره من غير اذن ولا حاكم والثاني يرجع لانه حق على غائب يتعذر
استيفاؤه منه فجاز ان يوصل اليه بنفسه كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على اخذه منه فان لم يجد من
يشهد انفق في الرجوع وجهان احدهما لا يرجع لما ذكرناه فيه اذا اشهد والثاني يرجع لان ترك الجمال مع

في تعليل الوجه الثاني نظر

العلم بانه لا بد لها من العلف اذن في الانفاق فصل واختلف اصحابنا في رد المستاجر بعد انقضاء
الاجارة فمنهم من قال لا يلزمه قبل المطالبة لانه امانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة
ومنهم من قال يلزمه لانه بعد انقضاء الاجارة غير ماذون في امساكها فلزمه الرد كالعارية المؤقتة
بعد انقضاء وقتها فان قلنا لا يلزمه الرد لم تلزمه مؤونة الرد كالوديعة وان قلنا يلزمه لزمه مؤونة
الرد كالعارية فصل وللمستاجر ان يستوفي المنفعة المعقود عليها بالمعروف لان اطلاق العقد
يقتضي المتعارف والمتعارف كالمشروط فان استاجر دارا للسكنى جاز ان يطرح فيها المتاع
لان ذلك متعارف في السكنى ولا يجوز ان يربط فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في اصول حيطانها
الرماد والتراب لان ذلك غير متعارف في السكنى وهل يجوز ان يطرح فيها ما يسرع اليه الفساد فيه
وجهان احدهما لا يجوز لان الفار ينقب الحيطان للوصول الى ذلك والثاني يجوز وهو الاظهر لان طرح ما
يسرع اليه الفساد من الماكول متعارف في سكنى الدار فلم يجز المنع منه وان اكترى قميصا للبس لم يجز ان
ينام فيه بالليل ويجوز بالنهار لان العرف ان يخلع لنوم الليل دون نوم النهار وان استاجر ظهرا للركوب
ركب عليه لا مستلقيا ولا منكبا لان ذلك هو المتعارف وان كان من طريق العادة فيه السير في احد
الزمانين من ليل او نهار لم يسر في الزمان الاخر لان ذلك هو المتعارف وان اكترى ظهرا في طريق العادة فيه
النزول للرواح ففيه وجهان احدهما يلزمه النزول لان ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط والثاني لا يلزمه
لانه عقد على الركوب في جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضه فان اكترى ظهرا الى مكة لم يحج
عليه لان ذلك زيادة على المعقود عليه وان اكتراه للحج عليه فله ان يركبه الى منى ثم الى عرفة ثم الى
المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة وهل يجوز ان يركبه من مكة عائدا الى منى للمبيت والرمي فيه وجهان
احدهما يجوز له ذلك لانه من تمام الحج والثاني ليس له لانه قد حل من الحج فصل فان اكترى ظهرا ليحمل عليه
ارطالا من الزاد فهل له ان يبدل ما اكل منه فيه قولان احدهما له ان يبدل وهو اختيار المزني كما له ان يبدل
ما يشرب من الماء والثاني ليس له ان يبدل لان العادة ان الزاد يشترى موضعا واحدا بخلاف الماء قال ابو اسحق
هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل فاما اذا كانت قيمته تختلف في المنازل جاز ان يبدله
قولا واحدا لان له غرضا ان لا يشتري موضعا واحدا فصل وان اكترى ظهرا فله ان يضربه ويكبحه باللجام
ويركضه بالرجل للاستصلاح لما روى جابر قال سار مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى

منى بعيرًا وحملنى عليه الى المدينة وكان يسوقه وانا راكبه وابه ليضربه بالعصا ولانه لا
يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك فجاز له فعله **فصل** وللمستاجر ان يستوفى مثل المنفعة
المعقود عليها وما دونها فى الضرر ولا يملك ان يستوفى ما فوقها فى الضرر فان اكترى ظهرًا ليركبه
فى طريق فله ان يركبه مثله ومن هو دونه فى الخشونة ولا يركبه من هو اخشن منه فان استاجر ارضًا
ليزرع فيها الحنطة فله ان يزرع مثلها وما دونها فى الضرر ولا يزرع ما فوقها لان فى مثلها يستوفى
قدر حقه وفى ما دونها يستوفى بعض حقه وفى ما فوقها يستوفى اكثر من حقه فان اكترى ظهرًا
ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد لانه اضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله وان اكتراه
للحديد لم يحمل عليه القطن لانه يتجافى وتقع فيه الريح فيتعب الظهر وان اكتراه ليركبه بسرج لم
يجز ان يركبه عريًا لان ركوبه عريًا اضر وان اكتراه ليركبه عريًا لم يركبه بسرج لانه يحمل عليه اكثر
مما عقد عليه وان اكترى ظهرًا ليركبه لم يجز ان يحمل عليه المتاع لان الراكب يعين الظهر
بحركته والمتاع لا يعينه وان اكتراه ليحمل المتاع لم يجز ان يركبه لان الراكب اشد على الظهر
لانه يقعد فى موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبيه وان اكترى قميصًا للبس لم يجز ان يتزر به
لان الاتزار اضر من اللبس لانه يعتمد فيه على طاقين وفى اللبس يعتمد على طاق واحد وهل له ان يرتدى
به فيه وجهان احدهما يجوز لانه اخف من اللبس والثانى لا يجوز لانه استعمال غير معروف فلا يملكه
كالاتزار **فصل** وله ان يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره فان اكترى دارًا ليسكنها فله ان يسكنها
مثله ومن هو دونه فى الضرر ولا يسكنها من هو اضر منه فان اكترى ظهرًا ليركبه فله ان يركبه مثله
ومن هو اخف منه ولا يركبه من هو اثقل منه لما ذكرناه فى الفصل قبله **فصل** فان استاجر
عينًا لمنفعة وشرط عليه ان لا يستوفى مثلها او دونها او لا يستوفيها من هو مثله او دونه ففيه ثلثة
اوجه احدها ان الاجارة باطلة لانه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت والثانى ان الاجارة جائزة
والشرط باطل لانه شرط لا يؤثر فى حق المؤجر فالغى وبقى العقد على مقتضاه والثالث ان الاجارة
جائزة والشرط لازم لان المستاجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به **فصل**
وللمستاجر ان يؤجر العين المستاجرة اذا قبضها لان الاجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك
اجارة المستاجر ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره وهل يجوز قبل القبض فيه ثلثة اوجه

احدها لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض والثانى يجوز لان المعقود عليه هو المنافع والمنافع
لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها قبض العين والثالث انه يجوز اجارتها من المؤجر
لانها فى قبضته ولا يجوز من غيره لانها ليست فى قبضته ويجوز ان يؤجرها برأس المال وباقل منه
وباكثر منه لانا بينا ان الاجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وباقل منه وباكثر فكذلك
الاجارة **فصل** وان استاجر عينًا لمنفعة فاستوفى اكثر منها فان كانت زيادة يتميز
بان اكترى ظهرًا ليركبه الى مكان فجاوزه او ليحمل عليه عشرة اقفزة فحمل عليه احد عشر
قفيزًا لزمه المسمى لما عقد عليه واجرة المثل لما زاد لانه استوفى المعقود عليه فاستقر
عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها كما لو اشترى عشرة اقفزة فقبض احد عشر
قفيزًا وان كانت الزيادة لا تتميز بان اكترى ارضًا ليزرعها حنطة فزرعها دخنا فقد اختلف
اصحابنا فيه فذهب المزنى وابو اسحق الى ان المسألة على قولين احدهما يلزمه اجرة المثل للجميع
لانه تعدى بالعدول عن المعقود عليه الى غيره فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى ارضًا للزراعة
فزرع ارضًا اخرى والثانى يلزمه المسمى واجرة المثل للزيادة لانه استوفى ما استحقه وزيادة
فاشبه اذا استاجر ظهرًا الى موضع فجاوزه وذهب القاضى ابو حامد المروروذى الى ان المسألة
على قول واحد وان صاحب الارض بالخيار بين ان ياخذ المسمى واجرة المثل للزيادة وبين ان ياخذ اجرة
المثل للجميع لانه اخذ شبهًا ممن استاجر ظهرًا الى مكان فجاوزه وشبهًا ممن اكترى ارضًا للزرع
فزرع غيرها فخير بين الحكمين **فصل** وان اجر عينًا ثم اراد ان يبدلها بغيرها لم يملك لان المستحق
معين فلم يملك ابداله كما لو باع عينًا فاراد ان يبدلها بغيرها **فصل** فان استاجر ارضًا مدة
للزراعة فاراد ان يزرع ما لا يستحصد فى تلك المدة فقد ذكر بعض اصحابنا انه لا يجوز وللمؤجر
ان يمنعه من زراعته فان بادر المستاجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ويحتمل عندى
انه لا يجوز منعه من الزراعة لانه يستحق الزراعة الى ان ينقضى المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء
المدة ولانه لا خلاف انه ان سبق وزرع لم يجبر على نقله فلا يجوز منعه من زراعته **فصل**
وان اكترى ارضًا سنة للزرع لم يخل اما ان يكون الزرع مطلوبًا او لزرع معين فان كان لزرع
مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت فان كان بتفريط منه بان زرع صنفًا

لا يستحصد في تلك المدة أو صفاً يستحصد إلا أنه أخّر زراعته فللمكري أن يأخذه بنقله لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا تلزمه الزيادة عليها لتفريط المكتري فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان أحدهما يجبر على نقله لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الإجارة فإذا لم يفعل لم يلزم المكري أن يستدرك له ما تركه والثاني لا يجبر وهو الصحيح لأنه تأخر من غير تفريط فإن قلنا لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه وإن اكترى لزرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت فإن شرط عليه القلع فالإجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط فإن تراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن شرط التبقية بعد المدة فالإجارة باطلة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فأبطله فإن لم يزرع فلصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة لأنها زراعة في عقد باطل فإن بادر وزرع لم يجبر على القلع لأنه زرع ما أذن فيه وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة فإن أطلق العقد ولم يشرط التبقية ولا القلع ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يجبر على قلعه لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزرع المطلق والثاني لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد فلزمه الصبر عليه كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الإدراك ويخالف هذا إذا اكترى لزرع مطلق لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة فإذا تركه كان مفرطاً فإذا قلنا يجبر فتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن قلنا لا يجبر لزمه المسمى للمدة وأجرة المثل للزيادة لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمكري في إبطال منفعة أرضه

فصل وإن اكترى أرضاً للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك وإنما يمنع من التبقية بعد المدة والتبقية بعد المدة من مقتضى

الإذن لا من مقتضى العقد فلم يبطل العقد بإسقاطها فإذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض لأنه لما شرط القلع رضي بما يحصل به من الحفر وإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة في مثله ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعاً وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على حسب العادة في نقل مثله والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع فإن اختار المكتري أن يقلع نظرت فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان أحدهما تلزمه تسوية الأرض لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه فلزمه تسوية الأرض والثاني لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهاً واحداً لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن وإن اختار التبقية نظرت فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة الغراس ويملكه أجبر المكتري على ذلك لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة وإن أراد أن يقلعه نظرت فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكتري على القلع لأنه لا ضرر عليه في القلع وإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع فإن ضمن له أرش ما نقص بالقلع أجبر عليه لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكتري عليه وقال المزني يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه وهذا خطأ لأن في قلع ذلك من غير ضمان الأرش إضراراً بالمكتري والضرر لا يزال بالضرر فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض ويطالب المكتري بأجرة المثل أجبر المكتري ~~على التبقية~~ لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري بالقلع من غير ضمان لا يجوز الإضرار بالمكري بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة فإن أراد المكتري أن يبيع الغراس من المكري جاز وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان وقد بيناهما في كتاب العارية فإن اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية فلا يبطل بشرطها والحكم في القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه إذا أطلق العقد

فصل فإن اكترى الأرض بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها في القلع والإقرار على ما بيناه في الإجارة الصحيحة لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والإقرار فكان حكمها

باب ما يوجب فسخ الإجارة

إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد لأن الإجارة كالبيع فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز

ردّ المستأجر وله أن يردّ ما حدث في يده من العيب لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع فإذا جاز ردّ المبيع بما حدث من العيب في يد البائع جاز ردّ المستأجر بما حدث من العيب في يد المستأجر **فصل** والعيب الذي يردّ به ما تنقص به المنفعة كتعثّر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والبرص والجذام في العبد المستأجر للخدمة وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في البئر والتغيّر الذي يمنع الشرب والوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة فأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشن المشي لم يردّ لأن ذلك لا تنقص به المنفعة وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الردّ وإن اكترى حمّاماً فتعذّر عليه ما يوقده لم يجز له الردّ لأن المعقود عليه باقٍ وإنما تعذّر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يجز له الردّ كما لو اشترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الحج بالمرض أو ذهاب المال وإن اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الردّ لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الردّ وإن اكترى داراً فتشعّثت فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن للمستأجر ردّها لأنه لا يلحقه الضرر فإن لم يبادر ثبت له الفسخ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة فإن رضي بسكناها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا فيه وجهان أحدهما لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحق من المنفعة فلا تلزمه جميع الأجرة كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت والثاني تلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب فلزمه جميع البدل كما لو اشترى عبداً فاشلّت يده في يد البائع ورضي به **فصل** ومتى ردّ المستأجر العين بالعيب فإن كان العقد على عينها انفسخ العقد لأنه عقد على معين فانفسخ بردّه كبيع العين وإن كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد بردّ العين بل يطالب ببدله لأن العقد على ما في الذمة فإذا ردّ العين رجع إلى ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردّه **فصل** وإن استأجر عبداً فمات في يده فإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببدله لما ذكرناه في الردّ بالعيب وإن كان العقد على عينه فإن لم يمض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد وقال أبو ثور من أصحابنا لا ينفسخ بل يلزم المستأجر الأجرة لأنه

٢٢٥

٢٢٦

هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد كما لو هلك المبيع بعد التسليم والمذهب الأول لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض وإن مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقي لتلف المعقود عليه وفيما مضى طريقان من أصحابنا من قال لا ينفسخ العقد فيه قولاً واحداً والثاني أنه على قولين بناءً على الطريقين في الهلاك الطارئ في بعض المبيع قبل القبض هل هو كالمقارن للعقد أم لا لأن المنافع في الإجارة كالمبيع قبل القبض وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك في الإجارة **فصل** وإن اكترى داراً فانهدمت فقد قال في الإجارة ينفسخ العقد وقال في المزارعة إذا اكترى أرضاً للزراعة فانقطع ماؤها إن المكتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ واختلف أصحابنا فيهما على طريقين فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وخرّجهما على قولين وهو الصحيح أحدهما أن العقد ينفسخ فيهما لأن المنفعة المقصودة هي السكنى في الدار والزراعة وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكترى عبداً للخدمة فمات والثاني لا ينفسخ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها وإنما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب ومنهم من قال إذا انهدمت الدار انفسخ العقد وإن انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء والدار غير باقية مع الانهدام **فصل** وإن أكرى نفسه ثم هرب أو أكرى عيناً فهرب بها نظرت فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم إليه في شيء فهرب فإنه يبتاع عليه المسلم فيه وإن لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار كما لو أسلم في شيء فتعذّر وإن كانت الإجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض فإن لم يفسخ نظرت فإن كانت الإجارة على مدة انفسخ العقد بمضي المدة يوماً فيوماً لأن المنافع تتلف بمضي الزمان فانفسخ العقد بمضيه وإن كانت على عمل معين لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده **فصل** وإن غصب العين المستأجرة من يد المستأجر فإن كان العقد على موصوف في الذمة طولب المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه في هرب المكري وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ كما لو ابتاع عبداً فغصب وإن لم يفسخ فإن كانت الإجارة على عمل لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه

٢٢٧

إذا وجده وإن كان على مدة فانقضت ففيه قولان أحدهما ينفسخ العقد فيرجع المستأجر
على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل والثاني لا ينفسخ بل يخير المستأجر بين
أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل وبين أن يقر العقد
ويرجع على الغاصب بأجرة المثل لأن المنافع تلفت في يد الغاصب فصار كالمبيع إذا أتلفه الأجنبي
وفي المبيع إذا أتلفه الأجنبي قولان فكذلك هاهنا **فصل** وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة
على رضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة
غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه لا ينفسخ
لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفي فلم ينفسخ العقد كما لو استأجر دارا فمات فعلى هذا
إن تراضيا على رضاع صبي آخر جاز وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ
فصل وإن استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع أو ليكحل عينه فبرئت أو ليقتص له
فعفا عن القصاص انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه
فانفسخ كما لو تعذر بالموت ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر **فصل** وإن مات الأجير
في الحج قبل الإحرام بطلت فإن كان العقد على حج في الذمة استؤجر من تركته من يحج فإن لم يمكن
ثبت للمستأجر الخيار في فسخ العقد كما قلنا في السلم وإن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد
لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض فإن مات بعدما أتى بجميع الأركان وقبل المبيت والرمي
سقط الفرض لأنه أتى بالأركان ويجب في تركته الدم لما بقي كما يجب ذلك في حج نفسه وإن مات
بعد الإحرام وقبل أن يأتي بالأركان فهل يجوز أن يبني غيره على عمله فيه قولان قال في القديم
يجوز لأنه عمل تدخله النيابة فجاز البناء عليه كسائر الأعمال وقال في الجديد لا يجوز وهو الصحيح
لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة فإن قلنا لا يجوز
البناء فإن كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت لأنه فات المعقود عليه ويستأجر المستأجر
من يستأنف الحج وإن كانت الإجارة على حج في الذمة لم يبطل العقد لأن المعقود عليه لم يفت بموته
فإن كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه
تأخر حقه فثبت له الفسخ وإن قلنا يجوز البناء على فعل الأجير فإن كانت الإجارة على حج الأجير بنفسه

وقال القاضي أبو الطيب في المجرد عندي أنها لا تستقر حتى يشهد الصبر لو انقلع لانفسخ الإجارة ووجب رد الأجرة ... قلنا في النكاح إذا أمكنت الزوجة من نفسها ولم يطأها ويفارق إذا حبس الدابة مدة المسافة أن الأجرة تجب عليه لأن المنافع تلفت تحت يده

٢٢٨

بطلت لأن حجه فاتت بموته وإن كان وقت الوقوف باقيا أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبني
على عمل الأجير وإن كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتمم وقال أبو إسحاق لا
يجوز للثاني أن يحرم بالحج لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد بل يحرم بالعمرة ويتمم والصحيح
هو الأول لأنه يجوز أن يطوف في العمرة ويسعى عن الحج وقوله إن الإحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر
الحج لا يصح لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج وإن كانت الإجارة على حج في الذمة استؤجر من تركة
الأجير من يبني على إحرامه على ما ذكرناه **فصل** ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو
بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفي وعلى ما بقي فما قابل
المستوفى استقر وما قابل الباقي يسقط كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقي فإن كان
ذلك مما يختلف رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة وإن كان العقد على الحج فمات الأجير أو أحصر بطريق
فإن كان بعد قطع المسافة وقبل الإحرام ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لا يستحق
من الأجرة شيئا بناء على قوله في الأم أن الأجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح لأن الأجرة في مقابلة
الحج وابتداء الحج من الإحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج وليس بحج فلم يستحق في مقابلته
أجرة كما لو استأجر رجلا ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز والثاني
وهو قول أبي سعيد الإصطخري وأبي بكر الصيرفي أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة
بناء على قوله في الإملاء أن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل لأن الحج لا يتأدى إلا بهما فقسطت
الأجرة عليهما وإن كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان أحدهما يلزمه
أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولا واحدا لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله
كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة ومنهم من قال فيه قولان أحدهما يلزمه لما
ذكرناه والثاني لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم فصار كما لو لم
يتركه وإن كان بعد الإحرام وقبل أن يأتي بباقي الأركان ففيه قولان أحدهما لا يستحق
شيئا كما لو قال من رد عبدي الآبق فله دينار فرده رجل إلى باب البلد ثم هرب والثاني أنه يستحق
بقدر عمله وهو الصحيح لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه فأشبه إذا استؤجر على بناء عشرة أذرع
فبنى بعضها ثم مات فإذا قلنا يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة أو على

العمل دون المسافة على ما ذكرناه من القولين **فصل** وإن أجر عبدا ثم أعتقه صح العتق
لأنه عقد على منفعة فلم يمنع العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها ولا تنفسخ الإجارة كما
لا ينفسخ النكاح وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة فيه قولان قال في الجديد لا يرجع وهو
الصحيح لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها بعد العتق كما لو زوج أمته
ثم أعتقها وقال في القديم يرجع لأنه فوت بالإجارة ما ملكه من منفعته بالعتق فرجع عليه بالبدل
فإن قلنا يرجع بالأجرة كانت نفقته على نفسه لأنه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه
كما لو أجر نفسه بعد العتق وإن قلنا لا يرجع بالأجرة ففي نفقته وجهان أحدهما أنها على
المولى لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك فكانت نفقته عليه
والثاني أنها في بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المولى لأنه زال ملكه عنه ولا على العبد
لأنه لا يقدر عليها في مدة الإجارة فكانت في بيت المال **فصل** وإن أجر عينا ثم باعها من
غير المستأجر ففيه قولان أحدهما أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع كبيع
المغصوب من غير الغاصب والمرهون من غير المرتهن والثاني يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع
صحة البيع كما لو زوج أمته ثم باعها ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة
المزوجة وإن باعها من المستأجر صح البيع قولا واحدا لأنه في يده لا حائل دونه فصح بيعها كما
لو باع المغصوب من الغاصب والمرهون من المرتهن ولا تنفسخ الإجارة بل يستوفي المشتري
المنفعة بالإجارة لأن الملك لا ينافي الإجارة والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من
المستأجر فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة
ورجع المشتري بالأجرة لما بقي على البائع **فصل** وإن أجر عينا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل
العقد لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع فإن أجر وقفا
عليه ثم مات ففيه وجهان أحدهما لا يبطل لأنه أجر ما يملك إجارته فلم تبطل بموته كما
لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية لأن
المنافع في المدة الباقية حق له فاستحق أجرتها والثاني يبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره
فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية ويخالف إذا أجر ملكه ثم مات فإن الوارث

يملك من جهة الموروث ولا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة والبطن الثاني يملك غلة
الوقف من جهة الواقف فلم ينفذ عقد الأول عليه وإن أجر صبيا في حجره أو أجر ماله ثم
بلغ ففيه وجهان أحدهما لا يبطل العقد لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلا يبطل بالبلوغ
كما لو باع داره والثاني يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت والصحيح عندي
في هذه المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل

باب تضمين المستأجر والأجير

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان لأنه عين قبضها ليستوفي
منها ما ملكه فلم يضمنها بالقبض كالمرأة في يد الزوج والنخلة التي اشترى ثمرتها وإن تلفت بفعله
نظرت فإن كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لأنه
هلك من فعل مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل وإن تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة
لزمه الضمان لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه **فصل** وإن اكترى ظهرا إلى مكان فجاوز
به المكان فهلك نظرت فإن لم يكن معه صاحبه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز المكان
إلى أن تلف لأنه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب وإن كان صاحبه معه نظرت فإن هلك
بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه لم يضمنه لأنه ضمنه باليد وبرئ بالرد كالمغصوب إذا رده إلى
مالكه وإن تلف في حال السير والركوب ضمن لأنه هلك في حال العدوان وفي قدر الضمان قولان
أحدهما نصف قيمته لأنه تلف من مضمون وغير مضمون فكان الضمان بينهما نصفين كما لو مات
من جراحته وجراحة مالكه والثاني تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الإجارة
يسقط وما قابل الزيادة يجب لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بينهما على القولين في الجلاد
إذا ضرب رجلا في القذف إحدى وثمانين فمات وإن تعادل اثنان على ظهر استأجراه وأردفا
معهما ثالثا من غير إذن صاحب الظهر ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يجب على الرديف نصف القيمة
لأنه هلك من مضمون وغير مضمون والثاني يجب عليه الثلث لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان
على عددهم والثالث أنه يقسط على أوزانهم فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكن
تقسيطه على الوزن فقسط عليه **فصل** وإن استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبس العين
حتى تلفت فإن كان حبسه لعذر لم يلزمه الضمان لأنها أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة وإن

كان لغير عذر فان قلنا لا يضمن الا بعد الطلب لم يضمن كالوديعة قبل الطلب وان قلنا يجب
ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب فصل وان تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها
نظرت فان كان التلف بتفريط بان استأجره ليخبز له فاسرف في الوقود او الزقه قبل وقته
او تركه حتى احترق ضمنه لانه هلك بعدوان فلزمه الضمان وان استؤجر على تأديب غلام
فضربه فمات ضمنه لانه يمكن تأديبه بغير الضرب فاذا عدل الى الضرب كان ذلك تفريطا منه ٢٤١
فلزمه الضمان وان كان التلف بغير تفريط نظرت فان كان العمل في ملك المستأجر بان دعاه
الى داره ليعمل له او كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر او اكتراه ليحمل له شيئا
وهو معه لم يضمن لان يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جنايته وان كان العمل في يد الاجير
من غير حضور المستأجر نظرت فان كان الاجير مشتركا وهو الذي يعمل له ولغيره كالقصار
الذي يقصر لكل احد والملاح الذي يحمل لكل احد ففيه قولان احدهما يجب عليه الضمان لما
روى الشعبي عن انس رضي الله عنه قال استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين ثيابي
فضمنيها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن خلاس بن عمرو ان عليا رضي الله عنه كان
يضمن الاجير وعن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي كرم الله وجهه انه كان يضمن الصباغ
والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ولانه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها
كالمستعير والثاني لا ضمان عليه وهو قول المزني وهو الصحيح قال الربيع كان الشافعي رحمه الله
يذهب الى انه لا ضمان على الاجير ولكنه لا يفتي به لفساد الناس والدليل عليه انه قبض العين
لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب وان كان الاجير منفردا وهو الذي يعمل له
ولا يعمل لغيره فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال هو كالاجير المشترك وهو المنصوص فان
الشافعي رحمه الله قال والاجراء كلهم سواء فيكون على قولين لانه منفرد باليد فاشبه الاجير
المشترك ومنهم من قال لا يجب الضمان قولا واحدا لانه منفرد بالعمل له فاشبه اذا كان عمله
في دار المستأجر فان قلنا انه امين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته اكثر ما كانت من حين تعدى الى
ان تلف لانه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب ومن اصحابنا من قال تلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير
وليس بشيء فصل وان عمل الاجير بعض العمل او جميعه ثم تلف نظرت فان كان العمل في ملك

... فهو مشترك بين الناس والمنفرد هو الذي استأجره ليعمل له مدة لانه لا يجوز لغيره ان يستأجره ويملك المدة فقد انفرد بها الاول ومنهم من قال
... والمنفرد الذي يستأجره ليعمل له شيئا وقال اعمله في هذا الموضع ولا تعمله في غيره
صح نسخة الاول من لفظه

صاحبه او بحضرته وجبت له الاجرة لانه تحت يده فكلما عمل شيئا صار مسلما له وان كان في يد
الاجير فان قلنا انه امين لم يستحق الاجرة لانه لم يسلم له العمل وان قلنا انه ضامن استحق الاجرة لانه
يقوم عليه فيصير بالتضمين مسلما للعمل فاستحق الاجرة فصل وان دفع ثوبا الى خياط فقال
ان كان يكفيني لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان لانه اذن له بشرط فقطع من غير
الشرط فضمنه وان قال ايكفيني لقميص فقال نعم فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن لانه ٢٤٢
قطعه باذن مطلق فصل واختلف اصحابنا في ما ياخذ الحمامي هل هو ثمن الماء او اجرة الدخول والسطل
وحفظ الثياب فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل فعلى هذا لا يضمن
الثياب اذا تلفت وله عوض السطل اذا تلف ومنهم من قال هو اجرة الدخول والسطل وحفظ
الثياب فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل اذا هلك لانه مستأجر وهل يضمن الحمامي الثياب فيه قولان لانه
اجير مشترك فصل وان استأجر رجلا للحج فتطيب في احرامه او لبس وجبت الفدية على الاجير لانه
جناية لم يتناولها الاذن فوجب ضمانها كما لو استأجره ليشتري له ثوبا فاشتراه ثم خرقه وان افسد الحج
صار الاحرام عن نفسه لان الفاسد غير ما اذن فيه فانعقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى امة وان كان
العقد على حجة في هذه السنة انفسخ لانه فات المعقود عليه وان كان على حج في الذمة ثبت له الخيار لانه
تاخر حقه وان استأجره للحج من ميقات فاحرم من ميقات اخر لم يلزمه شيء لان المواقيت المنصوص عليها
في الحكم وان كان بعضها ابعد من بعض فاذا ترك بعضها الى بعض لم يحصل نقص يقتضي الجبران وان احرم
دون الميقات لزمه دم لانه ترك الاحرام من موضع يلزمه الاحرام منه فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه
وان استأجره ليحرم من دويرة اهله فاحرم دونه لزمه دم لانه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو
لزمه في حجه لنفسه بالشرع او بالنذر فتركه وهل يلزمه ان يرد من الاجرة بقسطه قال في القديم يهريق دما وحجه
تام وقال في الام يلزمه ان يرد من الاجرة بقدر ما ترك فمن اصحابنا من قال يلزمه قولا واحدا والذي قال في القديم ليس
لاحد ومنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح احدهما لا يلزمه لان النقص الذي حصل جبره بالدم فصار كما لو لم
يترك والثاني انه يلزمه لانه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله كما لو استأجره ليبني عشرة اذرع فبنى تسعة
فعلى هذا يرد ما بين حجة من الميقات وحجة من الموضع الذي احرم منه وان استأجره ليحرم بالحج من الميقات فاحرم من
الميقات بعمرة عن نفسه ثم احرم بالحج عن المستأجر من مكة لزمه الدم لترك الميقات وهل يرد من الاجرة بقدر ما ترك على
وظاهره انه ممنوع وجهان وقطع الشيخ بانه ممنوع مذكره

٢٤٧

ما ذكرناه من الطريقين فإن قلنا يلزمه فهو قول ... إن كان الإمام يريد بأن يحج من الميقات ومن يحج من مكة
ليس الحج من الإحرام وما قبله ليس من الحج وقال في الإملاء يلزمه أن يرد ما بين حجة من بلده ومن حجة من مكة لأنه جعل
الأجرة في مقابلة السير والعمل وجعل سفره لنفسه وتحلل المحلة قبلها ليس هنا كسائر المستأجر وإن ترك
الميقات وإن استأجره ليحج عنه وترك الرمي أو المبيت لزمه الدم كما يلزمه الحج وهل يرد من الأجرة ... على
ما ذكرناه في من ترك الإحرام من الميقات.

باب اختلاف المتكاريين

إذا اختلف المتكاريان
في مقدار المنفعة أو قدر الأجرة ولم تكن بينة تحالفا لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع وإذا تحالفا كان
الحكم في فسخ الإجارة كالحكم في البيع لأن الإجارة كالبيع فكان حكمهما في الفسخ كالحكم في البيع وإن اختلفا
في التعدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم
العدوان والبراءة من الضمان وإن اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر
فالقول قول المؤجر لأنه لم يرد عليه لأن المستأجر قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير
وإن اختلف الأجير المشترك والمستأجر في رد العين فادعى الأجير أنه ردها وأنكر المستأجر فإن قلنا إن
الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله في الرد لأنه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالغاصب والمستعير وإن قلنا
إنه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله في الرد فيه وجهان كالوكيل بجعل وقد مضى توجيههما في الوكالة
وإن هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل وأنه يستحق الأجرة وأنكر المستأجر فالقول قول
المستأجر لأن الأصل عدم العمل وعدم البدل.

فصل وإن دفع ثوبا إلى خياط فقطعه قباء ثم اختلفا فقال
رب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص وقال الخياط بل أمرتني أن
أقطعه قباء فعليك الأجرة فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى أن القول قول
الخياط وقول أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب ثم قال وهذا أشبه وكلاهما مدخول وقال في كتاب الأجير
والمستأجر إذا دفع إليه ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أخضر فقال أمرتك أن تصبغه أحمر فقال الصباغ بل أمرتني أن
أصبغه أخضر إنهما يتحالفان واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال أحدها أن القول قول
الخياط لأنه مأذون له في القطع فكان القول قوله في صفته والثاني أن القول قول رب الثوب لأنه اختلاف في الإذن
في قطع فكان القول قول رب الثوب كما لو اختلفا في أصل الإذن والثالث أنهما يتحالفان وهو الصحيح لأن كل
واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعي الأرش والخياط يدعي الأجرة وصاحب الثوب

ينكره فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن ومن أصحابنا من قال المسألة على القولين المذكورين في اختلاف
العراقيين وهو قول أبي العباس وأبي إسحق وأبي علي بن أبي هريرة والقاضي أبي حامد ومن أصحابنا من قال هي على
قول واحد أنهما يتحالفان وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني لأن الشافعي ذكر القولين الأولين ثم قال وكلاهما
مدخول. فإن قلنا إن القول قول الخياط حلف ولم يلزمه أرش النقص لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون له فيه
وهل يستحق الأجرة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق أنه لا يستحق الأجرة لأن قوله قبل في سقوط
الغرم لأنه منكر فأما في الأجرة فهو مدع فلم يقبل قوله والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن له الأجرة
لأنا قبلنا قوله في الإذن فعلى هذا هل يجب المسمى أو أجرة المثل فيه وجهان أحدهما يجب المسمى لأنا قبلنا قوله
أنه أذن له فوجب ما اقتضاه والثاني أنه تجب أجرة المثل لأنا إذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعي ألفا وأجرة
مثله درهم وإن قلنا إن القول قول صاحب الثوب حلف ولم تجب الأجرة لأنه فعل ما لم يؤذن فيه ويلزمه أرش
القطع لأنه قطع ما لم يكن له قطعه وفي قدر الأرش قولان أحدهما يلزمه ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا
لأنا حكمنا أنه لم يؤذن له في القطع فلزمه أرش القطع والثاني يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصا وبين قيمته
مقطوعا قباء لأنه قد أذن له في القطع وإنما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه أرش الزيادة فإن لم يكن بينهما
تفاوت لم يلزمه شيء وإن قلنا إنهما يتحالفان فحلفا لم تجب الأجرة لأن التحالف يوجب رفع العقد والخياطة
من غير عقد لا توجب الأجرة وهل يجب أرش القطع فيه قولان أحدهما لا يجب لأن كل واحد منهما حلف على ما
ادعاه ونفى ما ادعي عليه فصارا كالمتبايعين والثاني أنه يجب أرش النقص لأنا إذا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف
صار كأن القطع حصل من غير عقد فلزمه أرشه ومتى قلنا إنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط لأنه
عقد بدلها وإن قلنا لا يستحق الأجرة فله أن يأخذ خيوطه لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه.

فصل إذا استأجر صانعا على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة فيه وجهان
أحدهما لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها كما لو استأجره ليحمل له متاعا فحمله
ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة والثاني يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض كالمبيع في يد البائع

فصل وإن دفع ثوبا إلى رجل ليخيطه ولم يذكر له أجرة فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه أحدها
أنه تلزمه الأجرة وهو قول المزني رحمه الله لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته والثاني أنه إن قال له خطه
لزمه وإن بدأ الرجل فقال أعطني لأخيطه لم يلزمه وهو قول أبي إسحق لأنه إذا أمره تعلق الأجرة بالأمر

والعمل لا يلزمه من غير اجرة فلزمته وان لم يأمره لم يوجد ما يوجب الاجرة فلم يلزمه والثالث انه اذا
كان الصانع معروفا باخذ الاجرة على الخياطة لزمه وان لم يكن معروفا بذلك لم يلزمه وهو قول
ابي العباس لانه اذا كان معروفا باخذ الاجرة صار العرف في حقه كالشرط وان لم يكن معروفا لم يوجد
ما يقتضي الاجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف والرابع انه لا يلزمه بحال وهو المذهب لانه بذل
ماله من غير عوض ولم يجب له العوض كما لو بذل طعامه لمن اكله وان نزل رجل في سفينة ملاح بغير
اذنه وحمله فيها الى بلد لزمه الاجرة لانه استهلك منفعة موضعه من غير اذنه فلزمه اجرتها وان نزل
فيها عن اذنه ولم يذكر الاجرة فعلى ما ذكرناه من الوجوه الاربعة في الخياطة

باب الجعالة

يجوز عقد الجعالة وهو ان يبذل الجعل لمن عمل له عملا من رد ضالة ورد آبق وبناء حائط وخياطة ثوب
وكل ما يستأجر عليه من الاعمال والدليل عليه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وروى
ابو سعيد الخدري ان ناسا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اتوا حيا من العرب فلم يقروهم فبيناهم كذلك
اذ لدغ سيدهم فقالوا هل فيكم راق فقالوا لم تقرونا فلا نفعل او تجعلوا لنا جعلا فجعلوا
لهم قطيعا من شاء فجعل رجل يقرأ بام القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فاتوهم بالشاء فقالوا
لا ناخذها حتى نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فضحك وقال ما ادراك انها رقية خذوها واضربوا لي فيها بسهم ولان الحاجة تدعو الى ذلك
في رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه فجاز كالاجارة والمضاربة فصل ويجوز ان يعقد للعامل غير
معين لانه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله فجاز من غير تعيين وروى المزني في المختصر في المنثور
ان الشافعي رحمه الله قال انه اذا قال اول من يحج عني فله مائة فحج عنه رجل انه يستحق المائة قال المزني ينبغي ان
يستحق اجرة المثل لانه اجارة فلم يصح من غير تعيين وهذا خطأ لان ذلك جعالة وقد بينا ان الجعالة
تجوز من غير تعيين العامل فصل ويجوز على عمل مجهول للآية ولان الحاجة تدعو الى ذلك فجاز مع
الجهالة كالمضاربة ولا تجوز الا بعوض معلوم لانه عقد معاوضة فلا يجوز بعوض مجهول كالنكاح فان
شرط له جعلا مجهولا فعمل استحق اجرة المثل لان كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في
فاسده كالبيع والنكاح فصل ولا يستحق العامل الجعل الا باذن صاحب المال فاما اذا عمل له عملا من
غير اذنه بان وجد له آبقا او ضالة فردها اليه لم يستحق الجعل لانه بذل منفعته من غير عوض

فلم يستحق العوض وان عمل باذنه ولم يشترط له الجعل فعلى الاوجه الاربعة التي ذكرناها في الاجارة
وان اذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل لانه استهلك منفعته بعوض فاستحق العوض كالاجير
فان نادى وقال من رد عبدي فله دينار فرده من لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لانه متطوع بالرد من غير بدل فان
ابق عبد لرجل فنادى غيره ان من رد عبد فلان فله دينار فرده رجل وجب الدينار على المنادي لانه ضمن
العوض فلزمه وان قال في النداء قال فلان من رد عبدي فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادي لانه لم يضمن
وانما حكى قول غيره فصل ولا يستحق العامل الجعل الا بالفراغ من العمل فان شرط له جعلا على
رد الآبق فرده الى باب الدار ففر منه او مات قبل ان يسلمه لم يستحق شيئا من الجعل لان المقصود
هو الرد والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء وان قال من رد عبدي الآبق من البصرة فله دينار وهو
ببغداد فرده رجل من واسط استحق نصف الدينار لانه رده من نصف الطريق وان رده من ابعد من البصرة
لم يستحق اكثر من الدينار لانه لم يضمن لما زاد شيئا وان ابق له عبدان فقال من ردهما فله دينار فرد رجل احدهما
استحق نصف الجعل لانه عمل نصف العمل وان قال من رد عبدي فله دينار فاشترك في رده اثنان اشتركا
في الدينار لانهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل وان قال لرجل ان رددت عبدي فلك دينار وقال للآخر
ان رددته فلك ديناران فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له وان جعل لاحدهما دينارا
وللآخر ثوبا مجهولا فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف اجرة المثل لان الدينار جعل
صحيح فاستحق نصفه والثوب جعل باطل فاستحق نصف اجرة المثل وان قال لرجل ان رددت عبدي فلك دينار
فشاركه غيره في رده فان قال شاركته معاونة له كان الدينار للعامل لان العمل كله له فكان الجعل
كله له وان قال شاركته لاشاركه في الجعل كان للعامل نصف الجعل لانه عمل نصف العمل ولا شيء للمشارك
لانه لم يشترط له شيئا فصل ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض فجاز
لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة فان فسخ العامل لم يستحق شيئا لان الجعل يستحق بالفراغ من العمل
وقد تركه فسقط حقه وان فسخ رب المال فان كان قبل العمل لم يلزمه شيء لانه فسخ قبل ان يستهلك
منفعة العامل فلم يلزمه شيء كما لو فسخ المضاربة قبل العمل وان كان بعد ما شرع في العمل لزمه اجرة
المثل لما عمل لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه اجرته كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في
العمل فصل ويجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل فان قال من رد عبدي فله دينار ثم قال من رده فله عشرة

٢٩٧

ورده رجل استحق عشرة وان قال من رد عبدي فله عشرة ثم قال من رده فله دينار استحق الدينار لانه
مال يبذل في مقابلة عمل في عقد جائز فجاز الزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح في المضاربة فصل
وان اختلف العامل ورب المال فقال العامل شرطت لي الجعل وانكر رب المال فالقول قول رب المال لان
الاصل عدم الشرط وعدم الضمان وان اختلفا في عين العبد فقال السيد شرطت الجعل في رد عبد
وقال العامل بل شرطته في رده فالقول قول المالك لان العامل يدعي عليه شرط الجعل في عقد والاصل
عدمه فكان القول فيه قوله وان اختلفا في مقدار الجعل تحالفا كما قلنا في البيع واذا تحالفا رجع الى
اجرة المثل كما يرجع في البيع بعد هلاك السلعة الى قيمة العين وان اختلف العامل والعبد فقال العامل
انا رددته وقال العبد جئت بنفسي وصدقه المولى فالقول قول المولى مع يمينه لان الاصل عدم الرد
وعدم وجوب الجعل

كتاب السبق والرمي

تجوز المسابقة والمناضلة لما
روى ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية
الوداع وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بني زريق وروى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم
كانت له ناقة تسمى العضباء لا تسبق فجاء اعرابي على قعود له فسبقها فشق ذلك على المسلمين
فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حق على الله عز وجل
ان لا يرتفع من هذه القذر شيء الا وضعه وروى سلمة بن الاكوع قال اتى علينا رسول الله صلى الله
عليه وسلم ونحن نترامى فقال حسن هذا اللعب ارموا يا بني اسمعيل فان اباكم كان راميا ارموا
وانا مع ابن الاكوع فكف القوم ايديهم وقسيهم وقالوا غلب يا رسول الله من كنت معه فقال ارموا
وانا معكم جميعا فان كان ذلك للجهاد فهو مندوب اليه لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر واعدوا لهم ما استطعتم من قوة الا
ان القوة الرمي قالها ثلاثا وروى عقبة بن عامر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
ارموا واركبوا وان ترموا احب الي من ان تركبوا وليس من اللهو الا ثلاثة ملاعبة الرجل
اهله وتاديبه فرسه ورميه بقوسه ومن علمه الله الرمي فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها وان الله
عز وجل يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه والمعين به والرامي به ومنبله فصل
ويجوز ذلك بعوض لما روي انه سئل عثمان رضي الله عنه اكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال نعم راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك واعجبه
والرهن لا يكون الا على عوض ولان في بذل العوض فيه تحريضا على التعلم والاستعداد للجهاد
فصل ويجوز ان يكون العوض منهما ويجوز ان يكون من احدهما ويجوز ان يبذله السلطان من بيت المال
ويجوز ان يكون من رجل من الرعية لانه اخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله
ولا يجوز الا على عوض معلوم اما معينا او موصوفا في الذمة لانه عقد معاوضة فلم يجز الا على عوض
معلوم كالبيع ويجوز على عوض حال ومؤجل لانه عوض يجوز ان يكون عينا ودينا فجاز ان يكون حالا ومؤجلا
كالثمن في البيع فصل فان كان العوض من احدهما او من السلطان او من رجل من الرعية فهو كالجعالة
وان كان منهما ففيه قولان احدهما انه يلزم كالاجارة وهو الصحيح لانه عقد من شرط صحته ان
يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالاجارة والثاني انه لا يلزم كالجعالة لانه عقد بذل
العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجعالة فان قلنا انه كالاجارة كان حكمه في الرهن والضمان
٢٩٨ حكم الاجارة وحكمه في خيار المجلس وخيار الشرط حكم الاجارة ولا يجوز لواحد منهما فسخه
بعد تمامه ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه كما لا يجوز ذلك في الاجارة وان قلنا انه كالجعالة كان
حكمه في الرهن والضمان حكم الجعالة وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان واما الفسخ والزيادة والنقصان
فان كان قبل الشروع فيه او بعد الشروع وهما متكافئان فلكل واحد منهما ان يفسخ وان يزيد وينقص
لانه عقد جائز لا ضرر على احد في فسخه والزيادة والنقصان فيه وان كانا متفاضلين نظرت
فان كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ او الزيادة جاز لانه عقد جائز لا ضرر على صاحبه
في الفسخ والزيادة فيه فملك الفسخ والزيادة فيه وان كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ او
الزيادة ففيه وجهان احدهما له ذلك لانه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه والثاني ليس له لانا لو جوزنا
ذلك لم يسبق احد احدا لانه متى راى ان صاحبه يغلب فسخ او طلب الزيادة فسقط المقصود

تم الجزء العشرون يتلوه الحادي والعشرون

بسم الله الرحمن الرحيم فصل وتجوز المسابقة على الخيل والابل بعوض لما روى ابو هريرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا في نصل او خف او حافر ولان الخيل تقاتل
عليها العرب والعجم والابل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليهما بعوض واختلف قوله في البغل والحمار

فعلى احد القولين يجوز المسابقة عليهما بعوض لحديث ابي هريرة ولانه ذو حافر اشبه الخيل فجازت المسابقة عليها بعوض كالخيل والثاني لا يجوز لانه لا يصلح للكر والفر فاشبه البقر واختلف اصحابنا في المسابقة على الفيل بعوض فمنهم من قال يجوز لحديث ابي هريرة ولانه ذو خف يقاتل عليه فاشبه الابل ومنهم من قال لا يجوز لانه لا يصلح للكر والفر واختلفوا في المسابقة على الحمام فمنهم من قال لا يجوز المسابقة عليها بعوض وهو المنصوص لحديث ابي هريرة ولانه ليس من آلة الحرب فلم تجز المسابقة عليه بعوض ومنهم من قال يجوز لانه يستعان به على الحرب وهو في حمل الاخبار فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل واختلفوا في سفن الحرب كالزوارق والشذوات فمنهم من قال يجوز وهو قول ابي العباس لانها في قتال الماء كالخيل في قتال الارض ومنهم من قال لا يجوز لانه يسبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها واختلفوا في المسابقة على الاقدام بعوض فمنهم من قال يجوز لان الاقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان ومنهم من قال لا يجوز وهو المنصوص لحديث ابي هريرة ولان المسابقة بعوض اجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد والمشي بالاقدام لا يحتاج الى التعلم واختلفوا في الصراع فمنهم من قال يجوز بعوض لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صارع يزيد بن ركانة على شاة فصرعه ثم عاد فصرعه ثم عاد فصرعه فاسلم ورد عليه الغنم ومنهم من قال لا يجوز وهو المنصوص لحديث ابي هريرة ولانه ليس من آلات القتال وحديث يزيد بن ركانة محمول على انه فعل ذلك ليسلم ولهذا لما اسلم رد عليه ما اخذ منه

فصل ويجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبل وكل ما له نصل يرمى به كالحراب والزانات لحديث ابي هريرة ولانه يحتاج الى تعلمه في الحرب فجاز اخذ العوض عليه ويجوز على رمي الاحجار عن المقلاع لانه سلاح يرمى به فهو كالنشاب واما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان احدهما يجوز المسابقة عليها بعوض لانه سلاح يقاتل به فاشبه النشاب والثاني لا يجوز لان القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب والمسابقة بهذه الآلات مجاوزة لا مسابقة فلم يجز كالسبق على ان يرمي بعضهم بعضا بالسهم

فصل واما كرة الصولجان ومداحاة الاحجار ورفعها من الارض والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب فلا يجوز المسابقة عليها بعوض لانه لا يعد للحرب فكان اخذ العوض فيه من اكل المال بالباطل

فصل وان كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف اصحابنا فمنهم من قال لا يجوز الا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين فان سابق بين فرس وبعير او فرس

وبغل لم يجز لان تفاضل الجنس معلوم وانه لا يجري البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر

إنّ المذرّع لا تغني خؤولته ... كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويجوز ان يسابق بين العتيق والهجين لان العتيق في اول شوطه احد وفي آخره الين والهجين في اول شوطه الين وفي آخره احد فربما صار عند الغاية متكافئين ومنهم من قال وهو قول ابي اسحاق انه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق فان تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز لانه يجوز ان يكون كل واحد منهما سابقا والآخر مسبوقا وان تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختي والنجيب لم يجز لانه يعلم ان احدهما لا يجري في شوط الآخر كما قال الشاعر

إنّ البراذين اذا جريتها ... مع العتاق ساعة اعييتها

فلا معنى للعقد عليه

فصل ولا يجوز الا على مركوبين معينين لان القصد معرفة جوهرهما ولا يعرف ذلك الا بالتعيين

فصل ولا يجوز الا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بني زريق ولانهما اذا استبقا على غير غاية حتى يسبق احدهما الآخر الى غير غاية لم يؤمن ان لا يسبق احدهما الآخر الى ان يعطبا ولا يجوز ان يكون ابتداء العدو من الراكب لانهما اذا اجريا بانفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية وان تسابقا على ان من سبق صاحبه بجملة اقدام او اكثر كان له السبق فقد قال ابو علي الطبري في الافصاح يجوز ذلك عندي لانهما يتحاطان بما تساويا فيه ويستفضل احدهما بالقدر الذي شرطه جاز كما يجوز في الرمي ان يتناضلا على ان يتحاطا ما تساويا فيه ويفضل لاحدهما عدد قال ابو علي ولست اعرف اصحابنا من منع من ذلك وابطله ولا اعرف له وجها

فصل فان كان المخرج للسبق هو السلطان او رجل من الرعية لم يخل اما ان يجعله للسابق منهم او لبعضهم او لجميعهم فان جعله للسابق بان قال من سبق منكم فله عشرة جاز لانه يحث كل واحد منهم ان يكون هو السابق ليأخذ السبق فيحصل المقصود فان سبق احدهم استحق العشرة لانه سبق وان سبق اثنان او ثلاثة وجاؤوا مكانا واحدا اشتركوا في العشرة لانهم اشتركوا في السبق وان جاؤوا كلهم مكانا واحدا لم يستحق واحد منهم العشرة لانهم لم يسبق منهم احد وان جعله لبعضهم بان جعله للمجلي والمصلي ولم يجعل للباقي جاز لان كل واحد منهم يجتهد ان يكون هو المجلي او المصلي ليأخذ السبق فيحصل المقصود

وان جعله لجميعهم بطريق فان يسوى بينهم بان قال من جاء منكم الى الغاية فله عشرة لم يصح لان القصد
من بذل العوض التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية فاذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم انه يحوز
السبق تقدم او تاخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود وان شرط للجميع وفاضل بينهم بان قال للمجلي
وهو الاول مائة وللمصلي وهو الثاني خمسون وللتالي وهو الثالث اربعون وللبارع وهو الرابع ثلاثون
وللمرتاح وهو الخامس عشرون وللحظي وهو السادس خمسة عشر وللعاطف وهو السابع عشرة
وللمؤمل وهو الثامن ثمانية وللطيم وهو التاسع خمسة وللسكيت وهو العاشر درهم وللفسكل
وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان احدهما يجوز لان كل واحد منهم يجتهد في
المسابقة لياخذ الاكثر والثاني لا يجوز لان كل واحد منهم يعلم انه لا يخلو من شيء ياخذه تقدم او
تاخر فلا يجتهد في المسابقة وان جعل للاول عشرة وللثالث خمسة وللرابع اربعة ولم يجعل للثاني شيئا
ففيه وجهان احدهما يصح ويقوم الثالث مقام الثاني والرابع مقام الثالث لان الثاني بخروجه من السبق
يجعل كانه لم يكن والثاني انه يبطل لانه فضل الثالث والرابع على من سبقهما **فصل** وان كان المخرج
للسبق غير المتسابقين بطريق فان كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما صح العقد
وان لم يكن معهما محلل فالعقد باطل لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يامن ان يسبق فلا باس ومن ادخل فرسا بين فرسين وقد امن ان
يسبق فهو قمار لان فيهم من ياخذ اذا سبق ولا يعطي اذا سبق وهو المحلل ومع عدم المحلل ليس فيهم
الا من ياخذ اذا سبق ويعطي اذا سبق وذلك قمار وان كان المحلل اثنين او اكثر جاز لان القصد
من القمار وان كان المتسابقون جماعة كان حكمهم في المحلل حكم الرجلين لان القصد بدخول
المحلل الخروج من القمار وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته واختلف اصحابنا في دخول
المحلل فذهب اكثرهم الى انه يدخل المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم وذهب ابو علي بن خيران
رحمه الله الى ان دخوله لتحليل السبق لنفسه وان ياخذ اذا سبق ولا ياخذ اذا سبق كما لو قلنا انه
اذا سبق اخذ احد منهم من ياخذ مرة ويعطي مرة وهذا قمار والمذهب الاول لانا بينا ان دخول
المحلل خروج من القمار لانه في القمار ليس فيهم الا من يعطي مرة وياخذ مرة وبدخول المحلل حصل فيهم
من ياخذ ولا يعطي فلم يكن قمارا فان تسابقوا بطريق فان استووا الى الغاية فقد احرز كل واحد منهما

سبقه لانه لم يسبقه احد ولم يكن للمحلل شيء لانه لم يسبق واحدا منهما وان سبق المخرجان احرز
كل واحد منهما سبقه لانهما تساويا في السبق ولا شيء للمحلل لانه مسبوق وان سبقهما المحلل
احرز سبقهما لانه سبقهما وان سبق احد المخرجين وتاخر المحلل والمخرج الاخر احرز السابق سبق نفسه
وفي سبق المسبوق وجهان المذهب انه للسابق المخرج لانه انفرد بالسبق وعلى مذهب ابن خيران يكون
سبق المسبوق لنفسه لانه لا يستحقه السابق المخرج على قوله ولا يستحقه المحلل لانه لم يسبق وان سبق
واحد المخرجين احرز المخرج السابق سبق نفسه وفي سبق المسبوق وجهان المذهب انه بين المخرج السابق والمحلل
وعلى مذهب ابن خيران ان يكون سبقه للمحلل وان سبق احد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الاخر احرز سبق نفسه
المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق سبق نفسه وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون
السابق وان سبق احد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني ثم جاء المحلل ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للسابق
وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق لان المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقي على ملك صاحبه
فصل وان كان المخرج للسبق احدهما جاز من غير محلل لان فيهم من ياخذ ولا يعطي وهو الذي لم يخرج
فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل وان تسابقا فسبق المخرج احرز السبق وان سبق الاخر اخذ
سبقه وان جاءا معا احرز المخرج السبق لانه لم يسبقه الاخر **فصل** ويطلق الفرسان من مكان واحد
في وقت واحد لما روى الحسن او خلاس عن علي كرم الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي
يا علي قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس فخرج علي فدعا سراقة بن مالك فقال يا سراقة اني قد
جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك فاذا اتيت الميطان
فصف الخيل ثم ناد هل من مصلح للجام او حامل لغلام او طارح لجل فاذا لم يجبك احد فكبر ثلاثا
ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من شاء من خلقه فان كان بينهما محلل فالسنة ان يكون بينهما
لانه اعدل لموقع التنافر وان اختلف المتسابقان في اليمين واليسار اقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما
على الاخر ولا يجلب وراءه الخيل لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اجلب
على الخيل يوم الرهان فليس منا قال مالك الجلب ان يجلب وراء الفرس حتى يدنو او يحرك وراءه الشيء
يستحث به السبق **فصل** واما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط في السبق اقداما معلومة لم يستحق
السبق بما دونها لانه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وان اطلق نظرت فان تساوى المركوبان في طول

العنق او عنق السبق بالعنق او بالكتد فان سبق احدهما بالعنق او بعضه او بالكتد انه لا يختلف
او بعضه فقد سبق وان اختلفا في العنق اعتبر السبق بالكتد لانه لا يختلف وان سبق الطويل بها
عنقا بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لانه سبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري فصل وان
عثر احد الفرسين او ساخت قوائمه في الارض او وقف لعلة اصابته فسبقه الاخر لم يحكم للسابق
بالسبق لانه لم يسبق بجودة الجري ولا تاخر المسبوق لسوء جريه فصل وان مات المركوب
قبل الفراغ بطل العقد لان العقد تعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وان
مات الراكب فان قلنا انه كالجعالة بطل العقد بموته وان قلنا انه كالاجارة لم يبطل وقام الوارث
فيه مقامه فصل وان كان العقد على الرمي لم يجز باقل من نفسين لان المقصود معرفة الحذق
ولا يبين ذلك باقل من اثنين فان قال رجل لآخر ارم عشرا وما اصبت فيها خطاك بصوابك فان كان
صوابك اكثر فلك دينار لم يجز لانه بذل العوض على ان يناضل نفسه وقد بينا ان ذلك لا يجوز وان قال
ارم عشرة فان كان صوابك اكثر فلك دينار ففيه وجهان احدهما يجوز لانه بذل له العوض على عمل
معلوم لا يناضل فيه نفسه فجاز والثاني لا يجوز لانه جعل العوض في مقابلة الخطا والصواب والخطا لا
يستحق به بذل فصل ولا يجوز اخراج السبق فيه الا على ما ذكرناه في المسابقة في اخراج العوض منهما
او من غيرهما وفي دخول المحلل بينهما فصل ولا يصح حتى يتعين الرماة لان المقصود معرفة حذقهما
ولا يعلم ذلك الا بالتعيين فان كان احدهما كثير الاصابة والاخر كثير الخطا ففيه وجهان احدهما
لا يجوز لان فضل احدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالآخذ للمال من غير نضال وذلك اكل المال
بالباطل والثاني يجوز لان اخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه فصل ولا يصح
الا على النبل متجانسين فان عقد على جنسين بان يرمي احدهما بالنشاب والاخر بالحراب لم يجز
لانه لا يعلم فضل احدهما على الاخر في واحد من الجنسين وان عقد على نوعين من جنس بان يرمي
احدهما بالنبل والاخر بالنشاب او يرمي احدهما عن قوس عربي والاخر عن قوس فارسي جاز لان النوعين
من جنس واحد يتقاربان فيعرف به حذقهما فان اطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل
العقد عليه وان لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين لان الاغراض تختلف باختلاف النوعين فوجب بيانه
وان عقد على نوع فاراد ان ينتقل الى نوع اخر لم تلزم الاجابة اليه لان الاغراض تختلف باختلاف

٢٥٦

الانواع فان من الناس من يرمي باحد النوعين اجود من رميه بالنوع الاخر وان عقد على قوس بعينها
فاراد ان ينتقل الى غيرها من نوعها جاز لان الاغراض لا تختلف باختلاف الاعيان فان شرط على انه لا
يبدل فهو على الاوجه الثلاثة في من استاجر ظهرا لركوبه على ان لا يركبه مثله وقد بيناها في الاجارة
فصل ولا يجوز الا على رشق معلوم وهو العدد الذي يرمى به لانه اذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن
الفضل ولم يظهر السبق فصل ولا يجوز الا على اصابة عدد معلوم لانه لا يبين الفضل الا بذلك
فان شرط اصابة عشرة من عشرة او تسعة من عشرة ففيه وجهان احدهما يصح لانه قد يصيب ذلك
فصح العقد كما لو شرط اصابة ثمانية من عشرة والثاني لا يصح لان اصابة ذلك تندر وتتعذر فيبطل
المقصود بالعقد فصل ولا يجوز الا ان يكون مدى الغرض معلوما لان الاصابة تختلف بالقرب والبعد
فوجب العلم به فان كان في الموضع غرض معلوم المدى فاطلق العقد جاز وحمل عليه كما يجوز ان يطلق
الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد وان لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين فان
اطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه ويجوز ان يكون مدى الغرض قدرا
يصيب مثلهما في مثله في العادة ولا يجوز ان يكون مدى لا يصيب مثلهما في مثله وفي ما يصيب مثلهما في مثله نادرا
وجهان احدهما يجوز لانه قد يصيب مثلهما في مثله فاذا عقد عليه بعثهما العقد على الاجتهاد في الاصابة
والثاني لا يجوز لان اصابتهما في مثله تندر فلا يحصل المقصود وقد ذكر اصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعا
وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين وفيما بينهما وجهان فان تراميا على غير غرض على ان
يكون السبق لابعدهما رميا ففيه وجهان احدهما يجوز لانه يمتحن به قوة الساعد ويستعان به على
قتال من بعد من العدو والثاني لا يجوز لان الذي يقصد بالرمي هو الاصابة فاما الابعاد فليس بمقصود
فلم يجز اخذ العوض عليه فصل ويجب ان يكون الغرض معلوما في نفسه فيعرف طوله وعرضه
وقدر انخفاضه وارتفاعه من الارض لان الاصابة تختلف باختلافه فان كان العقد في موضع فيه غرض
معروف فاطلق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد
وان لم يكن فيه غرض وجب بيانه والمستحب ان يكون الرمي بين غرضين لما روى عبد الرحمن بن دينار قال بلغني
ان ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة وعن عقبة بن عامر انه كان يرمي بين غرضين بينهما اربع مائة
وعن ابن عمر انه كان يشتد بين الغرضين وعن انس انه كان يرمي بين الهدفين ولان ذلك اقطع للتنافر واقل للتعب

٢٥٦

فصل ويجب أن يكون موضع الإصابة معلوما وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط
الذي يبنى أو إلى الغرض وهو الذي ينصب في الهدف أو الشن الذي في الغرض أو الدارة التي في الشن أو الخاتم
الذي في الدارة لأن الغرض يختلف باختلافها فإن أطلق العقد حمل على الغرض لأن العرف في الرمي
إصابة الغرض فحمل العقد عليه ويجب أن تكون صفة الرمي معلومة من القرع وهو إصابة الغرض أو
الخزق وهو أن يثقب الشن أو الخسق وهو الذي يثقبه ويثبت فيه أو المرق وهو الذي ينفذ منه أو الخرم
وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجا منه لأن الحذق لا يبين إلا بذلك ٢٥٥
فإن أطلق العقد حمل على القرع لأنه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه فإن شرط قرع عشرة من
عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز لأنهما يتساويان فيه وإن أصاب أحدهما تسعة
قرعا وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضله لأنه استكمل العشرة بالخواسق فصل واختلف
أصحابنا في بيان حكم الإصابة به أنه مبادرة أو محاطة أو حوابي فمنهم من قال يجب بيانه فإن أطلق العقد
لم يصح لأن حكمها يختلف وأغراض الناس لا تتفق فوجب بيانه ومنهم من قال يصح ويحمل على المبادرة لأن
المتعارف في الرمي هو المبادرة واختلفوا في بيان من يبتدئ بالرمي فمنهم من قال يجب فإن أطلق العقد
بطل وهو المنصوص لأنه موضوع على نشاط القلب وقوة النفس ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر
وتشوش فلا يحصل مقصود العقد ومنهم من قال يصح لأن ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما
تزول به التهمة من العرف أو القرعة فإذا قلنا إنه يصح ففي البادي وجهان أحدهما إن كان السبق
لأحدهما قدم لأن له مزية بالسبق وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر
والثاني لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن أمر المناضلة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق
فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر لأنه أعدل
وأسهل فإن كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحتسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ لأنه
رمى بغير عقد فلم يعتد به وإن اختلفا في موضع الوقوف كان الأمر إلى من له البداية لأنه لما ثبت له
السبق ثبت له اختيار المكان فإذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف إليه ليستويا
وإن طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لأنه أوفق
للرمي فصل ويجوز أن يرميا سهما سهما وخمسا خمسا وأن يرمي كل واحد جميع الرشق فإن شرطا شيئا

من ذلك حمل عليه وإن أطلق العقد ترسلا سهما سهما لأن العرف فيه ما ذكرناه وإن رمى أحدهما
أكثر مما له لم يحتسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ لأنه رمى بغير عقد فلم يعتد به فصل
ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق ولا في عدد الإصابة ولا في صفة الإصابة ولا في محل الإصابة ولا
يحتسب قرع أحدهما خسقا ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي ولا
أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه لأن القصد أن يعرف حذقهما وذلك لا يعرف مع الاختلاف فإنه ٢٥٦
إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي فإن شرط شيئا من ذلك بطل العقد لأنه في أحد
القولين كالإجارة وفي الثاني كالجعالة والجميع يبطل بالشرط الفاسد وهل يجب للناضل في الفاسد
أجرة المثل فيه وجهان أحدهما لا يجب وهو قول أبي إسحاق لأنه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق السابق
فلم يلزمه أجرته والثاني يجب وهو الصحيح لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب عوض المثل في فاسده
كالبيع والإجارة فصل وإن شرط على أن يطعم أصحابه السبق بطل الشرط لأنه شرط
ينافي مقتضى العقد فبطل وهل يبطل العقد المنصوص أنه يبطل لأنه يملكه بما شرط فيه شرط يمنع
كمال التصرف فإذا بطل الشرط بطل العقد كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها وقال أبو إسحاق
يحتمل قولا آخر أنه لا يبطل كما قال فيمن أصدق امرأته ألفا على أن تعطي أباها ألفا أن الشرط باطل
ويصح الصداق فإن قلنا بالمنصوص سقط المسمى وهل يرجع السابق بأجرة المثل على الوجهين فصل
وإذا تناضلا فالنضل إما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حوابي فإن كان مبادرة وهو أن يعقد على
إصابة عدد من الرشق وأيهما بدر إليه مع تساويهما في الرمي كان ناضلا فإن كان العقد على إصابة
عشرة من عشرين فأصاب أحدهما عشرة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين فالأول ناضل لأنه بادر
إلى عدد الإصابة وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمي الباقي لأن
الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها وإن أصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من
عشرين فالنضال بحاله لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الإصابة فيرميان فإن رمى الأول سهما فأصاب
فلج ويسقط رمي الباقي وإن رمى الأول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني خمسة فأصاب في جميعها فإن الناضل
هو الثاني ويسقط رمي ما بقي من الرشق لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين
وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر خمسة من تسعة عشر فرمى البادي سهما فأصاب فقد نضل

ولا يرمي الثاني ما بقي من رشقه لانه لا يستفيد به فضلا ولا مساواة لمن الباقي من رشقه سهم
وعليه اصابة سهم بان اصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادي فاصاب جاز
للثاني ان يرمي لانه ربما يصيب فيساويه فصل وان كان الرمي محاطة وهو ان يعقدا على اصابة
عدد من الرشق وان يتحاطا ما استويا فيه من عدد الاصابة ويفضل لاحدهما عدد من الاصابة
فيكون ناضلا فان كان العقد على اصابة خمسة من عشرين فاصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة
لم يفضل احدهما الاخر لانه لم يفضل له عدد من الاصابة وهل يلزم رمي ما بقي من الرشق لانه يرجو كل
واحد منهما ان يفضل فان فضل لاحدهما بعد تساويهما في الرمي واسقاط ما استويا فيه عدد
الاصابة لم يخل اما ان يكون قبل اكمال الرشق او بعده فان كان بعد اكمال الرشق بان رمى احدهما
عشرين فاصابهما ورمى الاخر فاصاب خمسة عشر فالاول هو الناضل لانه يفضل له بعد المحاطة في
ما استويا فيه عدد الاصابة وان كان قبل اكمال الرشق وطالب صاحب الاقل صاحب الاكثر برمي
ما في الرشق نظرت فان لم يكن له فائدة مثل ان يرمي الاول خمسة عشر فاصابها ورمى الثاني خمسة عشر
فاصاب خمسة لم يكن له مطالبته لان اكثر ما يمكن ان يصيب ما بقي له وهو خمسة وبقي للاول خمسة
فيفضل بها وان كان له فائدة بان يرجو ان يفضل بان يرمي احدهما احد عشر فيصيب ستة ويرمي الاخر عشرة
فيصيب واحدا ثم يرمي صاحب الستة فيخطئ في ما بقي له من الرشق ويرمي صاحب الواحد فيصيب في ما بقي له
فيفضله بخمسة او يساويه بان يرمي احدهما خمسة عشر فيصيب منها عشرة ويرمي الاخر خمسة عشر
فيصيب منها خمسة ثم يرمي صاحب العشرة فيخطئ في الجميع ويرمي صاحب الخمسة فيساويه او يفضل اصابته
بان يصيب احدهما احد عشر من خمسة عشر ويصيب الاخر ستة من خمسة عشر ثم يرمي صاحب الاحد عشر
ما بقي له من رشقه فيخطئ في الجميع ويرمي صاحب الستة فيصيب في الجميع فيصير له سبعة ويبقى لصاحبه
اربعة فهل لاقلهما اصابة مطالبة الاخر باكمال الرشق فيه وجهان احدهما ليس له مطالبته لانه بادر
الى الاصابة مع تساويهما في الرمي بعد المحاطة فحكم له بالسبق والثاني له مطالبته لان مقتضى المحاطة
اسقاط ما استويا فيه من الرشق وقد بقي من الرشق بعضه فصل وان كان العقد على جواب
وهو ان يشترطا اصابة عدد من الرشق على ان يسقط ما قرب من اصابة احدهما ما بعد من اصابة الاخر
فمن فضل له بعد ذلك ما اشترطا عليه من العدد كان له السبق فان رمى احدهما فاصاب من الهدف

وحكي عن ابي اسحاق انه قال الرقعة اسم لعظم يكون في وسط الغرض مدور

موضعا بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له فان رمى الاخر فاصاب موضعا بينه وبين الغرض قدر
اصبع حسب له واسقط ما رماه الاول فان عاد الاول فرمى فاصاب الغرض اسقط ما رماه صاحبه
وان اصاب احدهما الشن واصاب الاخر العظم الذي في الشن فقد قال الشافعي رحمه الله من الرماة
من قال انه تسقط الاصابة من العظم ما كان ابعد منه قال الشافعي رحمه الله وعندي انهما سواء لان الغرض
كله موضع الاصابة فان استوفيا الرشق ولم يفضل احدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد
تكافآ وان فضل احدهما صاحبه بالعدد اخذ السبق وحكي عن بعض الرماة انهما اذا اصابا اعلى الغرض
لم يتقايسا قال والقياس ان يتقايسا لان احدهما اقرب الى الغرض من الاخر فاسقط الاقرب الابعد
كما لو اصابا اسفل الغرض او جنبيه فصل وان كان النضال بين حزبين جاز وحكي عن ابي علي بن ابي هريرة
انه قال لا يجوز لانه ياخذ كل واحد منهم بفعل غيره والمذهب الاول لما روينا في اول الكتاب من حديث
سلمة بن الاكوع وينصب كل واحد من الحزبين زعيما يتوكل لهم في العقد ولا يجوز ان يكون زعيم الحزبين واحدا
كما لا يجوز ان يكون وكيل البائع والمشتري واحدا ولا يجوز الا على حزبين متساويين في العدد لان القصد معرفة
الحذق فاذا تفاضلا في العدد فضل احدهما الاخر بكثرة العدد لا بالحذق وجودة الرمي ويجب ان يتعين
الرماة كما قلنا في فصل الاثنين ولا يجوز ان يتعينوا الا بالاختيار فان اقترع الزعيمان على ان من خرجت
عليه قرعة احدهما كان معه لم يجز لانه ربما اخرجت القرعة الحذاق لاحد الحزبين والضعفاء للحزب
الاخر فان عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار ثم اقترع الزعيمان على ان من خرجت قرعته على
احد الحزبين كان معه لم يجز لانه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع
ويجب ان يكون على عدد من الرشق معلوم فان كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر ان يكون عدد الرشق
له ثلث صحيح كالثلاثين والستين وان كانوا اربعة اعتبر ان يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالاربعين
والثمانين لانه اذا لم يفعل ذلك بقي سهم ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد فان خرج من احد الحزبين
من الحذق الذي بطل العقد فيه لانه ليس من اهل العقد ويسقط من الحزب الاخر بازائه واحد كما اذا بطل
البيع في احد العبدين سقط ما في مقابلته من الثمن وهل يبطل في الباقي من الحزبين فيه قولان بناء على تفريق
الصفقة فان قلنا لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد لان الصفقة تبعضت عليهم فان اختاروا
ان اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا في من يخرج في مقابلته من الحزب الاخر فسخ العقد لانه تعذر امضاؤه

على مقتضاه ففيه وجهان من اصحابنا من قال يبطل في الجميع قولا واحدا لان من في مقابلته من الحزب
الآخر لا يتعين ولا سبيل الى تعيينه بالقرعة فيبطل في الجميع وان فضل احد الحزبين الآخر
ففي قسمة المال بين الناضلين وجهان احدهما يقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم
بالسوية فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب استحق والثاني يقسم بينهم على قدر اصاباتهم لانهم
استحقوا بالاصابة فاختلفوا باختلاف الاصابة ويخالف الغرم المنضولين فان ذلك وجب بالالتزام
والاستحقاق بالرمي فاعتبر بقدر الاصابة فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئا

باب الاصابة والخطأ في الرمي ٢٥٩

اذا عقد على اصابة
الغرض فاصاب الشن او الجريد الذي يشد فيه الشن او العرى وهو السير الذي يشد به الشن على
الجريد حسب له لان ذلك كله من الغرض وان اصاب العلاقة ففيه قولان احدهما يحسب
له لانه من جملة الغرض لانه تراه اذا مد امتد معه والثاني لا يحسب لان العلاقة
ما يعلق به الغرض فاما الغرض فهو الشن وما يحيط به وان شرط اصابة الخاصرة وهو الجنب
من اليمين واليسار فاصاب غيرها لم يحسب لانه لم يصب الخاصرة وهو الشرط وان شرط
اصابة الشن فاصاب العروة والسير او العلاقة لم يحسب له لان ذلك كله غير الشن وان اصاب
سهما في الغرض وان كان السهم متعلقا بحلق بنصله وباقيه خارج الغرض لم يحسب له ولا عليه لان
بينه وبين الغرض طول السهم ولا يدرى لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض او لا يصيب وان
كان السهم قد غرق في الغرض الى فوقه حسب له لان العهد على اصابة الغرض ومعلوم انه لو لم
يكن هذا لكان يصيب الغرض وان خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض الى موضع آخر
فاصاب السهم موضعه حسب له وان اصاب الغرض في الموضع الذي انتقل اليه حسب عليه في الخطأ لانه
اخطأ في الرمي وانما اصاب بفعل الريح لا بفعله وان رمى في الجو في ريح ضعيفة فارسل السهم
مفارقا للغرض وانما يريد ليصيب مع الريح فاصاب الغرض او كانت الريح خلفه فنزع نزعا قريبا ليصيب
مع معاونة الريح فاصاب حسب له لانه اصاب بفراهته وحذقه وان اخطأ حسب عليه لانه اخطأ بسوء
رميه ولانه لو اصاب مع الريح لحسب له فاذا اخطأ معها حسب عليه وان كانت الريح قوية لا حيلة له فيها
لم يحسب له اذا اصاب لانه لم يصب بحسن رميه ولا يحسب عليه اذا اخطأ لانه لم يخط بسوء رميه وانما اخطأ

بالريح في غير وقته وان رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فاخطأ لم
يحسب عليه لانه لم يخط بسوء رميه وانما اخطأ بعارض الريح وان اصاب فقد قال بعض اصحابنا
فيه وجهان بناء على القولين في اصابة السهم المزدلف وعندي انه لا يحتسب له قولا واحدا لان
المزدلف اصاب الغرض بجدة رميه ومع الريح لا يعلم انه اصاب برميه وان رمى سهما فاصاب
الغرض بفوقه لم يحسب له لان ذلك من اسوأ الرمي واردئه فصل وان انكسر القوس او
انقطع الوتر او اصابت يده ريح فرمى واصاب حسب له لان اصابته مع اختلال الآلة ادل على
حذقه وان اخطأ لم يحسب عليه في الخطأ لانه لم يخط بسوء رميه وانما اخطأ بعارض وان اغرق
السهم فخرج من الجانب الآخر فطرب فان اصاب حسب له لان اصابته مع الاغراق ادل على حذقه
وان اخطأ لم يحسب ومن اصحابنا من قال يحسب عليه في الخطأ لانه اخطأ في مد القوس والمنصوص
هو الاول لان الاغراق ليس من سوء الرمي وانما هو لمعنى قبل الرمي فهو كانقطاع الوتر وانكسار
القوس وان انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ لانه
انما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمي فان اصاب بما فيه النصل حسب له لان اصابته مع فساد ٢٦٠
الآلة ادل على حذقه وان اصاب بالموضع الآخر لم يحسب له لانه لم يصب ولم يحسب عليه لان خطأه
لفساد الآلة لا لسوء الرمي فصل وان عرض دون الغرض عارض من انسان او بهيمة بطرف فان
رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه لانه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي وان نفذ فيه السهم واصاب
حسب له لان اصابته مع العارض ادل على حذقه وحكي ان الكسعي كان راميا فخرج ذات ليلة فرأى
ظبيا فرماه فانفذه وخرج السهم فاصاب حجرا فقدح منه نارا فرأى ضوء النار فظن انه اخطأ فكسر
القوس وقطع ابهامه فلما اصبح رأى الظبي صريعا قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت العرب به مثلا وقال
الشاعر: ندمت ندامة الكسعي لما ... رأت عيناه ما صنعت يداه
وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان احدهما وهو
قول ابي اسحق انه يحسب عليه في الخطأ لانه اخطأ بسوء الرمي لا للعارض لانه لو كان للعارض لانثنى
او وقع سهمه دون الغرض فلما جاوزه ولم يصب دل على انه اخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ
والثاني انه لا يحسب عليه لان العارض قد يشوش الرمي فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه وان رمى السهم

فاصاب الارض وازدلف فاصاب الغرض ففيه قولان احدهما يحسب له انه اصاب الغرض بالنزعة
التي ارسلها وما عرض دونه من الارض لا يمنع الاحتساب كما لو عرض دونه شيء فهتكه واصاب
الغرض والثاني لا يحتسب له لان السهم خرج عن الرمي الى غير الغرض وانما اعانته الارض حتى ازدلف
عنها الى الغرض فلم يحتسب له وان ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان احدهما يحتسب عليه في الخطا
لانه انما ازدلف لسوء رميه لان الحاذق لا يزدلف سهمه والثاني لا يحتسب عليه لان الارض تشوش السهم
وتزيله عن سننه فاذا اخطا لم يكن من سوء رميه **فصل** وان كان العقد على اصابة موصوفة
نظرت فان كان على القرع فاصاب الغرض او خرق او خسق او مرق حسب له لان الشرط هو الاصابة
وقد حصل ذلك في هذه الانواع **فصل** وان كان الشرط هو الخسق نظرت فان اصاب الغرض وثبت فيه
ثم سقط حسب له لان الخسق هو ان يثبت فيه وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك كما لو ثبت
نزعه انسان وان ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت فيه ففيه قولان احدهما انه
يحسب له لان الخسق ان يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك ولعله لم يثبت لسعة الثقب
او لغلظ لقيه والثاني وهو الصحيح انه لا يحسب له لان الاصل عدم الخسق وانه لم يكن فيه من القوة
ما يثبت فيه فلم يحسب له وان كان الغرض ملصقا بالهدف فاصابه السهم ولم يثبت فيه فقال
الرامي قد خسق الا انه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة او حصاة وقال صاحبه لم يخسق نظرت فان لم
نعلم موضع الاصابة من الغرض فالقول قول المرسل لان الاصل عدم الخسق وهل يحلف ينظر فيه فان
فتش الغرض ولم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته لم يحلف لان ما يدعيه الرامي غير ممكن وان كان هناك ما
يمنع من ثبوته حلف لان ما يدعيه الرامي ممكن وان علم موضع الاصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته
فالقول قول المرسل من غير يمين لان ما يدعيه الرامي غير ممكن وان كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان
احدهما ان القول قول الرامي لان المانع يشهد له والثاني ان القول قول المرسل لان الاصل عدم الخسق
والمانع لا يدل على انه لو لم يكن لكان خاسقا ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه فلا
حكم له بالخسق بالشك وان كان في الشن خرق او موضع بال فوقع فيه السهم وثبت في الهدف نظرت
فان كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشن اعتد به لانا نعلم انه لو كان الشن صحيحا لثبت فيه وان كان
دون الشن في الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه لانا لا نعلم انه لو كان صحيحا هل كان

يثبت فيه ام لا فان ازال السهم حتى يرميه وان خرمه وثبت فيه ففيه قولان احدهما يعتد به لان
الخسق هو ان يثبت النصل وقد ثبت والثاني لا يعتد به لان الخسق ان يثبت السهم في جميع الشن
ولم يوجد ذلك فان مرق السهم فقد قال الشافعي رحمه الله هو عندي خاسق ومن الرماة من لا يحتسبه
فمن اصحابنا من قال يحتسب له قولا واحدا وما حكاه عن غيره ليس بقول له لان معنى الخسق قد وجد وزيادة
ولانه لو مرق والشرط القرع حسب بذلك اذا مرق والشرط الخسق ومن اصحابنا من قال فيه قولان
احدهما يحسب له لما ذكرناه والثاني لا يحسب له لان الخسق ان يثبت وما ثبت وليس في الخسق زيادة حذق وصنعة
من نزع القوس بمقدار الخسق والتعليل الاول اصح لانه يبطل به اذا مرق والشرط القرع وان
اصاب الشن فمرق وثبت في الهدف ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن في الصلابة فقال
الرامي هذه الجلدة قطعها سهمي بقوته وقال المرسل بل كانت في الشن ثقبة وهذه الجلدة كانت قد انقطعت
من قبل فحصلت في السهم فالقول قول المرسل لان الاصل عدم الخسق **فصل** اذا مات احد الراميين او
ذهبت يده بطل العقد لان المقصود معرفة حذقه وقد فات ذلك فبطل العقد كما لو هلك المبيع قبل
القبض وان مرض او رمدت عينه لم يبطل العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر
وان اراد ان يفسخ فان قلنا انه كالجعالة كان له ذلك لان حكمه حكم الفسخ من غير عذر وقد بيناه في اول الكتاب
وان قلنا انه كالاجارة جاز له ان يفسخ لانه تأخر المعقود عليه فثبت له الفسخ كما يملك في الاجارة وان اراد
احدهما ان يؤخر الرمي للدعة فان قلنا انه كالاجارة اجبر عليه كما يجبر في الاجارة وان قلنا انه كالجعالة
لم يجبر عليه كما لا يجبر في الجعالة

كتاب احياء الموات

يستحب احياء الموات لما روى جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا
ميتة فله فيها اجر وما اكلت العوافي منها فهو له صدقة ويملك به الارض لما روى سعيد بن زيد
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له ويجوز ذلك من غير
اذن الامام للخبر ولانه تملك مباح فلم يفتقر الى اذن الامام كالاصطياد **فصل** واما الموات
الذي جرى عليه الملك وباد اهله ولم يعرف مالكه ففيه ثلاثة اوجه احدها انه يملك بالاحياء لما روى
طاوس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد والثاني ان كان في دار
الاسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف مالكها وان كان في دار الحرب فهو كالركاز والثالث لا يملك

لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال فلا يجوز إحياؤه وإن كان في دار
الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل له ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله فلا يجوز تملكه
والثالث أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك وإن كان في دار الحرب ملك لأن ما كان في دار الإسلام
فهو في الظاهر لمن له حرمة وما كان في دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له ولهذا ما يوجد
في دار الحرب يخمس وما يوجد في دار الإسلام يجب تعريفه وإن فتح الكفار أرضاً ولم يحيوها
ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز أن تملك بالإحياء بل هو غنيمة بين الغانمين
لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين فلم تملك بالإحياء والثاني يجوز أن تملك بالإحياء
لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز أن تملك بالإحياء كسائر الموات **فصل** وما يحتاج إليه لمصلحة
العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز إحياؤه لأنه تابع للعامر فلا
يملك بالإحياء ولأنا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله وكذلك ما بين العامر
من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالإحياء لأن الشرع ورد بإحياء الموات ٢٦٧
وهذا من جملة العامر ولأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز
فصل ويجوز إحياء كل من يملك المال لأنه فعل يملك به فجاز من كل من يملك المال كالاصطياد
ولا يجوز للكافر أن يملك بالإحياء في دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له في ذلك لما روي أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني فجمع الموتان وجعلها
للمسلمين فلا يجوز أن تكون لغيرهم ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين فكان الموات لهم
كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك إحياؤه ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات في بلد صولح الكفار على
المقام فيه لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته **فصل**
والإحياء الذي يملك به أن يعمر الأرض لما يريده ويرجع في ذلك إلى العرف لأن النبي صلى الله عليه وسلم
أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف فإن كان يريده للسكنى فأن يبني سور الدار من اللبن
والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك أو القصب والخشب إن كانت عادتهم ذلك
ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك فإن أراد مراحاً للغنم أو حظيرة
للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب لأنه لا يصير مراحاً وحظيرة بما دون ذلك

وإن أراد المزرعة فأن يجعل لها مسناة ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر وإن كانت الأرض من البطائح
أن يحبس عنها الماء لأن إحياء البطائح بحبس الماء كما أن إحياء اليابس بسوق الماء ويحرثها وهو أن يصلح
ترابها وهل يشترط غير ذلك فيه ثلاثة أوجه أحدها لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص في الأم
وهو قول أبي إسحاق لأن الإحياء قد تم وما بقي إلا الزراعة وذلك استيفاء بالمنفعة فلم يشترط كسكنى الدار
والثاني وهو ظاهر ما نقله المزني أنه لا يملك إلا بالزراعة لأنها من تمام العمارة ويخالف السكنى فإنه ليس
من تمام العمارة وإنما هو كالحصاد في الزرع والثالث وهو قول أبي العباس أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقي لأن
العمارة لا تكمل إلا بذلك وإن أراد حفر بئر فإحياؤها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء لأنه لا يحصل البئر إلا
بذلك فإن كانت الأرض صلبة تم الإحياء وإن كانت رخوة لم يتم الإحياء حتى يطوي البئر لأنها لا تكمل إلا به
فصل وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج والحديد والرصاص
لأنه من أجزاء الأرض فملكها بملكها ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغيرهما وقال أبو إسحاق لا يملك
ما ينبع فيها وقد بينا ذلك في البيوع ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ وقال أبو القاسم الصيمري لا
يملك الكلأ لما روي أن أبيض بن حمال سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الأراك فقال رسول
الله لا حمى في الأراك ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملكه وكذلك إذا نبت فيها الكلأ وقال أكثر أصحابنا
يملك لأنه من نماء الملك فملكه كشعر الغنم **فصل** ويملك بالإحياء ما يحتاج إليه من المرافق
كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر وهو مقدار ما يقف فيه المستقي إن كانت البئر للشرب وبقدر
ما يمر الثور إن كانت للسقي وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من النقل ويرجع في ذلك إلى العرف
في الموضع والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من احتفر بئراً
فله أربعون ذراعاً حولها عطناً لماشيته وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال من السنة أن حريم
القليب العادية خمسون ذراعاً وحريم البدي خمس وعشرون ذراعاً وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع
فإن أحيا أرضاً إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك لأنه تصرف
مباح في ملكه فلم يمنع منه وإن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك وإن طرح في أصل حائطه سرجيناً
منع منه لأنه تصرف بأس ملك الغير بما يضر به فمنع منه فإن حفر حشاً في أصل حائطه لم يمنع منه
لأنه تصرف في ملكه ومن أصحابنا من قال يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض وإن ملك بئراً بالإحياء

٢٦٤

فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئرا فنقص ماء الاول لم يمنع منه لانه تصرف في موات لا حق لغيره
فيه فصل وان تحجر رجل مواتا وهو ان شرع في احيائه ولم يتمم صار احق به لقوله صلى
الله عليه وسلم من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به وان نقله الى غيره صار الثاني احق به لانه آثره
صاحب الحق وان مات انتقل ذلك الى وارثه لانه حق تملك ثبت له فانتقل الى وارثه كالشفعة وان
باعه ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق انه يصح لانه صار احق به فملك بيعه والثاني لا يصح
وهو المذهب لانه لم يملك بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الاخذ وان بادر غيره الى احيائه نظرت
فان كان ذلك قبل ان تطول المدة ففيه وجهان احدهما لا يملك لان يد المتحجر اسبق والثاني يملك
لان الاحياء يملك به والتحجر لا يملك به فقدم ما يملك به على ما لا يملك به وان طالت المدة ولم يتمم قال
له السلطان اما ان تعمره واما ان ترفع يدك لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن منه
كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء ومنع غيره منها وان سأل ان يمهل امهل مدة قريبة فان انقضت
المدة ولم يحيه وبادر غيره فاحياه ملكه لانه لا حق له بعد انقضاء المدة **فصل** ومن سبق
الى معدن ظاهر وهو الذي يوصل الى ما فيه من غير مؤنة كالماء والنفط والمومياء والياقوت والبرام
والملح والكحل كان احق به لقوله صلى الله عليه وسلم من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به فان
اطال المقام ففيه وجهان احدهما لا يمنع لانه سبق اليه فهو احق به والثاني يمنع لانه يصير كالمتحجر
وان سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا فان كانا يأخذان للتجارة هايأ الامام بينهما فان تشاحا في السبق
اقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر وقدم بالقرعة وان كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلثة
اوجه احدها يقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر والثاني يقسم بينهما لانه يمكن القسمة فلا
يؤخر حقه والثالث يقدم الامام احوجهما لان للامام نظرا في ذلك فقدم من يرى تقديمه وان كان
من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بان يكون بقرب الساحل موضع اذا حصل فيه الماء حصل منه ملح جاز
ان يملك بالاحياء لانه يوصل اليه بالمؤنة والعمل فملك بالاحياء كالموات **فصل** وان سبق الى معدن
باطن وهو الذي لا يوصل اليه الا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس
والفيروزج يوصل الى نيله ملك ما اخذه لقوله صلى الله عليه وسلم من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق
به وهل يملك المعدن فيه قولان احدهما يملكه لانه موات لا يوصل الى ما فيه الا بالعمل والانفاق فملكه

بالاحياء كموات الارض والثاني لا يملكه وهو الصحيح لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الملك
في الموات على الاحياء وهو العمارة والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ولانه يحتاج في كل
جزء يأخذه الى عمل فلا يملك منه الا ما اخذ وخالف موات الارض لانه اذا عمر انتفع به على
الدوام من غير عمل مستأنف فملك به فان قلنا انه يملك بالاحياء ملكه الى القرار وملك مرافقه
وان تباعد انسان عن حريمه وحفر معدنا فوصل الى العرق لم يمنع من اخذ ما فيه لانه احيا في موات لا
حق فيه لغيره وان حفر ولم يصل الى النيل صار احق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الارض فان قلنا لا يملكه
كان كالمعدن الظاهر في انه اذا اطال مقامه وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه
فصل ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء لاتفاق اهل
الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ولانه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع
منه كالاجتياز فان سبق اليه كان احق به لقوله صلى الله عليه وسلم منى مناخ من سبق وله ان
يظلل بما لا ضرر فيه على المارة من بارية وثوب لان الحاجة تدعو الى ذلك وان اراد ان يبني دكة منع لانه
تضيق به الطريق ويعثر به الضرير وبالليل البصير فلم يجز وان قام وترك المتاع لم يجز لغيره ان يقعد فيه لان يد
الاول لم تزل وان نقل متاعه كان لغيره ان يقعد فيه لان اليد قد زالت وان قعد واطال ففيه وجهان
احدهما يمنع لانه يصير كالمتملك ويملكه والثاني لا يجوز لانه قد ثبت له اليد بالسبق اليه وان سبق اليه اثنان
ففيه وجهان احدهما يقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر والثاني يقدم الامام احدهما لان للامام النظر
والاجتهاد ولا تجيء القسمة لانها لا تملك فلم تقسم **باب الاقطاع والحمى** يجوز للامام ان
يقطع موات الارض لمن يملكه بالاحياء لما روى علقمة بن وائل عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اقطعه ارضا فارسل معه معاوية ان اعطه اياها او قال اعطها اياه وروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
اقطع الزبير حضر فرسه فاجرى فرسه حتى قام ثم رمى بسوطه فقال اعطوه من حيث بلغ السوط وروي
ان ابا بكر اقطع واقطع عمر واقطع عثمان رضي الله عنهم جماعة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير وسعدا
وابن مسعود وخبابا واسامة بن زيد رضي الله عنهم ومن اقطعه الامام شيئا من ذلك صار احق به وتصرف كالمتحجر
في جميع ما ذكرناه لانه باقطاع الامام صار احق به كالمتحجر وكان حكمه حكم المتحجر ولا يقطع من ذلك الا
ما يقدر على احيائه لانه اذا اعطاه اكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة **فصل** واما

٢٦٧

المعادن فاما ان كانت المعادن الظاهرة لم يجز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن ابيه عن جده
ابيض بن حمال انه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح المارب فقطعه اياه ثم ان رجلا
من بني ... قال يا رسول الله اني قد وردت الملح في الجاهلية وهو بارض ليس بها ملح ومن ورده اخذه وهو
مثل الماء العد بارض فاستقال ابيض من قطيعة الملح فقال ابيض قد اقلتك فيه على ان تجعله مني صدقة فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم هو منك صدقة وهو مثل الماء العد من ورده اخذه وان كانت من المعادن الباطنة
فان قلنا انها تملك بالاحيا جاز اقطاعها لانه موات يجوز ان يملك بالاحيا فجاز اقطاعه كسائر الارض
وان قلنا لا تملك بالاحيا فهل يجوز اقطاعها فيه قولان احدهما يجوز اقطاعه لانه يفتقر الاستعانة
به الى المؤن فجاز اقطاعه كموات الارض والثاني لا يجوز لانه معدن لا يملك بالاحيا فلم يجز
اقطاعه كالمعادن الظاهرة واذا قلنا يجوز اقطاعه لم يجز الا ما يقوم به لما ذكرناه في اقطاع
الموات **فصل** ويجوز اقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الاسواق للارتفاق فمن اقطع
شيئا من ذلك صار احق بالموضع نقل متاعه اولم ينقل لان للامام النظر والاجتهاد فاذا اقطعه ثبتت
يده عليه بالاقطاع فلم يكن لغيره ان يقعد فيه **فصل** ولا يجوز لاحد ان يحمي مواتا ليمنع
الاحيا ويرعى ما فيه من الكلا لما روى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لا حمى الا لله ولرسوله واما الرسول صلى الله عليه وسلم فانه كان يجوز له ان يحمي لنفسه
وللمسلمين فاما لنفسه فانه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين والدليل عليه ما روى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
حمى النقيع لخيل المسلمين واما غيره من الائمة فلا يجوز ان يحمي لنفسه للخبر وهل يجوز ان يحمي لخيل المجاهدين
ونعم الجزية وابل الصدقة وماشية من يضعف عن الابعاد في طلب النجعة فيه قولان احدهما لا
يجوز للخبر والثاني يجوز لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال اتى اعرابي من اهل نجد عمر رضي
الله عنه فقال يا امير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية واسلمنا عليها في الاسلام فعلام
تحميها فاطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان اذا كربه امر فتل شاربه ونفخ فلما راى الاعرابي ما
به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله فلولا ما احمل عليه في سبيل الله ما
حميت من الارض شبرا في شبر قال مالك نبئت انه كان يحمل في كل عام على اربعين الفا من الظهر وقال
مرة من الخيل وروى زيد بن اسلم عن ابيه ان عمر استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال له يا هني اضمم

فقطعه اياه وبهذا المجمل يتعلق من قال لا يجوز اقطاع المعادن الباطنة من

٢٦٨

جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مجابة وادخل رب الصريمة والغنيمة
واياك ونعم ابن عوف وابن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعا الى نخل وزرع وان رب
الصريمة والغنيمة ان تهلك ماشيتهما ياتيني بعياله فيقول يا امير المؤمنين يا امير المؤمنين افتاركهم
انا لا ابا لك فالماء والكلا ايسر علي من الذهب والورق والذي نفسي بيده لولا المال الذي احمل عليه في سبيل
الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا فان حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا لحاجة والحاجة باقية
لم يجز احياؤها وان زالت الحاجة ففيه وجهان احدهما يجوز لانه زال السبب والثاني لا يجوز لان ما حكم به
رسول الله نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد وان حماه امام غيره وقلنا انه يصح حماه فاحياه رجل ففيه
قولان احدهما لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني يملكه لان ما حماه
الامام اجتهاد وملك الارض بالاحيا نص والنص لا ينقض بالاجتهاد.

باب حكم المياه

الماء اثنان مباح وغير مباح فاما غير المباح فهو ما ينبع في ارض مملوكة فصاحب الارض احق به من غيره
لانه على المنصوص يملكه وعلى قول ابي اسحق لا يملكه الا انه لا يجوز لغيره ان يدخل الى ملكه بغير
اذنه فكان احق به وان فضل عن حاجته واحتاج اليه الماشية للكلا لزمه بذله من غير عوض وقال ابو عبيد
ابن حربويه لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلا للماشية ولا بذل الدلو والحبل ليستقى به الماء للماشية والمذهب
الاول لما روى اياس بن عبد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فضل الماء وروى ابو هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلا منعه الله فضل رحمته ويخالف
الكلا فانه لا يستخلف عقيب اخذه وربما احتاج اليه الماشية قبل ان يستخلف فيهلك الماشية
والماء يستخلف عقيب اخذه وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف فيستضر والضرر لا يزال بالضرر
ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع لان الزرع لا حرمة له في نفسه والماشية لها حرمة في نفسها ولهذا لو
كان الزرع له لم يلزمه سقيه ولو كانت الماشية له لزمه سقيها وان لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه
بذله لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الوعيد على منع الفضل ولان ما لا يفضل عن حاجته تلحقه
ضرر في بذله فهو يستضر ببذله والضرر لا يزال بالضرر **فصل** واما المباح فهو الماء الذي ينبع في الموات
فهو مشترك لقوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلا فمن سبق منهم الى شي
منه كان احق به لقوله صلى الله عليه وسلم من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به وان اراد ان

هذا اذا كانت الارض يحتمل ذلك وان كانت لا تروى ولا تنتفع بذلك الا بسقاء الثلم الاول يبلغ الماء الى الوسط سقي الى ان يبلغ الماء الى ... شطه

يسقي منه ارضا فان كان نهرا عظيما كالنيل والفرات وما اشبههما من الاودية العظيمة جاز ان يسقي منه ما شاء ومتى شاء لانه لا ضرر فيه على احد وان كان نهرا صغيرا لا يمكن سقي الارض منه الا بحبسه فان كانت الارض متساوية بدأ من في اول النهر فيحبس الماء حتى يسقي ارضه الى ان يبلغ الماء الى الكعب ثم يرسله الى من يليه وعلى هذا الى ان تنتهي الاراضي لما روى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في شرب نهر من سيل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل ويجعل الماء فيه الى الكعب ثم يرسله الى الاسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي الاراضي وروى عبد الله بن الزبير ان الزبير ورجلا من الانصار تنازعا في شراج الحرة التي تسقى بها النخل فقال الانصاري للزبير سرح الماء فابى الزبير فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم للزبير اسق ارضك ثم ارسل الماء الى جارك فقال الانصاري وان كان ابن عمتك يا رسول الله فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا زبير اسق ارضك واحبس الماء الى ان يبلغ الجدر وان كانت الارض بعضها اعلى من بعض ولا يقف الماء في العالية الى الكعب حتى يقف في الارض المستفلة الى الوسط فيسقي المستفلة حتى يبلغ الماء الى الكعب ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الى الكعب فان احيا جماعة ارضا على هذا النهر وسقوا منه ثم جاء رجل فاحيا ارضا واعلاه اذا سقى ارضه استضر اهل النهر منع من ذلك لان من ملك ارضا ملكها بمرافقها والنهر من مرافق ارضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه

٢٦٩

فصل وان اشترك جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها فان دخلوا على ان يتساووا في الانفاق او دخلوا على ان يتفاضلوا في الانفاق ويكون الماء بينهم على قدر النفقة لانهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدره وان ارادوا سقي ارضهم بالمهايأة يوما ويوما جاز وان ارادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الاراضي ويفتح فيها كوى على قدر حقوقهم فيخرج حصة كل واحد منهم الى ارضه فان اراد احدهم ان يأخذ حقه من الماء قبل القسم في ساقية يحفرها الى ارضه منع من ذلك لان حريم النهر مشترك بينهم ولا يجوز لاحد منهم ان يحفر فيه وان اراد ان ينصب رحا قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك لانه يتصرف في حريم مشترك فان اراد ان يأخذ الماء ويسقي به ارضا اخرى ليس لها رسم شرب من هذا النهر منع منه لانه يجعل لنفسه شربا لم يكن له كما لا يجوز لمن له داران في درب لا ينفذ ان يفتح من احدهما بابا الى الاخرى

فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له

كتاب اللقطة

اذا وجد الحر الرشيد لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر والثياب فان كان ذلك في غير الحرم جاز التقاطها للتملك لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال ما كان منها في طريق ميتاء فعرفها حولا فان جاء صاحبها والا فهي لك وما كان منها في خراب ففيها وفي الركاز الخمس وله ان يلتقطها للحفظ على صاحبها لقوله عز وجل وتعاونوا على البر والتقوى ولما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه وان كان في الحرم لم يجز اخذها الا للحفظ على صاحبها ومن اصحابنا من قال يجوز التقاطها للتملك لانها ارض مباحة فجاز اخذ لقطتها للتملك كغير الحرم والمذهب الاول لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان هذا البلد حرمه الله عز وجل يوم خلق السموات والارض فهو حرام الى يوم القيامة لم يحل لاحد قبلي ولا يحل لاحد بعدي ولم يحل لي الا ساعة من نهار وهي حرام الى يوم القيامة لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها ولا تلتقط لقطتها الا لمعرف ويكره اخذها لمن لا يمكنه المقام للتعريف وان لم يمكنه المقام دفعها الى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح

فصل وهل يجب اخذها روي عن الشافعي انه قال لا احب تركها وقال في الام لا يجوز تركها فمن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما لا يجب لانها امانة فلم يجب اخذها كالوديعة والثاني يجب لما روى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ولو خاف على نفسه لوجب عليه حفظها فكذلك اذا خاف على ماله وقال ابو العباس وابو اسحق وغيرهما ان كان في موضع يأمن عليها لامانة اهله لم يجب عليه لان غيره يقوم مقامه في حفظها وان كان في موضع يخاف عليها لقلة امانة اهله وجب عليه لان غيره لا يقوم مقامه في حفظها فتعين عليه وحمل القولين على هذين الحالين فان تركها ولم يأخذها لم يضمن لان المال لم يحصل في يده فلم يلزمه ضمانه ولهذا لا يضمن الوديعة اذا ترك اخذها فكذلك اللقطة

فصل وان اخذها اثنان كانت بينهما كما اذا اخذا صيدا كان بينهما وان اخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره

وجب عليه ردها الى الاول لانه سبق اليها فقدم كما لو سبق الى موات فيحييه **فصل** واذا اتى
عرف عفاصها وهو الوعاء الذي تكون فيه ووكاها وهو الذي تشد به وجنسها وقدرها لما روى
زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال اعرف عفاصها
ووكاها وعرفها سنة فان جاء من يعرفها والا فاخلطها بمالك فنص على العفاص والوكا وقسنا عليهما
الجنس والقدر ولانه اذا عرف هذه الاشياء لم تختلط بماله ويعرف بها صدق من يدعيها وهل يلزمه
ان يشهد عليها وعلى اللقيط فيه ثلثة اوجه احدها لا يجب لانه دخل في امانته فلم يجب الاشهاد
عليه كقبول الوديعة والثاني يجب لما روى عياض بن حمار رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من التقط لقطة فليشهد ذا عدل او ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب ولانه اذا لم يشهد لم
يؤمن ان يموت فتضيع اللقطة او يسترق اللقيط والثالث انه لا يجب الاشهاد على اللقطة لانه
اكتساب مال فلم يجب الاشهاد عليه كالبيع ويجب على اللقيط لانه يحفظ به النسب فوجب
الاشهاد عليه كالنكاح وان اخذها واراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف لان التعريف
للتملك فاذا لم يرد التملك لم يجب التعريف وان اراد ان يتملكها نظرت فان كان مالا له قدر ٢٧١
يرجع من ضاع منه في طلبه لزمه ان يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص وحديث زيد
ابن خالد الجهني وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة فيه وجهان احدهما لا يجوز ومتى قطع استانف لانه
اذا قطع لم يظهر امرها ولم يظهر طالبها والثاني يجوز لانه يقع اسم السنة عليها ولهذا لو نذر
صوم سنة جاز ان يصوم سنة متفرقة ويجب ان يكون التعريف في اوقات اجتماع الناس كاوقات
الصلوات وغيرها وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالاسواق وابواب المساجد لان المقصود لا
يحصل الا بذلك ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه لان من ضاع منه شيء يطلبه في
الموضع الذي ضاع فيه ولا يعرفها في المساجد لما روى جابر رضي الله عنه قال سمع النبي صلى الله
عليه وسلم رجلا ينشد ضالة في المسجد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا وجدت وذلك انه كان
يكره ان ترفع فيه الاصوات ويقول من ضاع منه شيء او من ضاع منه دنانير ولا يزيد عليه حتى
لا يضبطها رجل فيدعيها فان ذكر النوع والقدر والعفاص والوكا ففيه وجهان احدهما لا
يضمن لان بمجرد ذكر الصفة لا يجب الدفع والثاني يضمن لانه لا يؤمن ان يحفظ ذلك رجل ثم

يرفعه الى من يوجب الدفع بالصفة وان لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الاجرة على الملتقط
لانه يتملك بسببه وان كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف لما روى انس رضي الله
عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمرة في الطريق مطروحة فقال لولا ان اخشى ان
تكون من الصدقة لاكلتها وان كان مما يطلب الا انه قليل ففيه ثلثة اوجه احدها يعرف
القليل والكثير وهو ظاهر النص لعموم الاخبار والثاني لا يعرف الدينار لما روى ان عليا كرم
الله وجهه وجد دينارا فعرفه ثلثا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم كله او شانك به والثالث
يعرف ما يقطع به السارق ولا يعرف ما دونه لانه تافه ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها ما
كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه **فصل** فان عرفها فلم يجد صاحبها ٢٧٠
ففيه وجهان احدهما يدخل في ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال فان جاء صاحبها والا فهي لك ولانه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار
التملك كالصيد والثاني انه يملكه باختيار التملك لما روي في حديث زيد بن خالد الجهني ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال فان جاء صاحبها والا فشانك بها فجعله الى اختياره ولانه
تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع وحكي فيه وجهان اخران احدهما انه يملك
بمجرد النية والثاني يملكه بالتصرف ولكل واحد منهما ان يملكها من الغني والفقير
لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها والا فشانك بها ولم يفرق ولانه يملك بعوض
فيستوي فيه الغني والفقير كالملك في القرض والبيع **فصل** وان حضر صاحبها قبل ان يملكها نظرت
فان كانت العين باقية وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة لانها نماء على ملكه وان
كانت تالفة لم يلزم الملتقط ضمانها لانه يحفظها لصاحبها فلم يلزمه ضمانها من غير تفريط
كالوديعة وان حضر بعدما ملكها فان كانت باقية وجب ردها وان كانت تالفة وجب عليه
بدلها وقال الكرابيسي لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لانه مال لا يعرف له مالك فاذا ملكه لم
يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز والمذهب الاول لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه ان
عليا كرم الله وجهه وجد دينارا فجاء صاحبه فقال النبي صلى الله عليه وسلم اده فقال
علي قد اكلته فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا جاءنا شيء اديناه عنك وخالف الركاز

فانه مال كافر لا حرمة له وهو اما مال مسلم ولهذا لا يلزمه تعريفه وان كان ركازا يلزمه تعريف اللقطة فان كانت العين باقية فقال الملتقط انا اعطيك البدل لم يجبر المالك على قبوله لانه يمكنه الرجوع الى عين ماله فلا يجبر على قبول البدل وان حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ففيه وجهان احدهما تفسخ البيع ويأخذ لانه يستحق العين والعين باقية والثاني لا يجوز له ان يفسخ لان الفسخ حق للعاقد فلا يجوز لغيره من غير اذنه وان حضر وقد زادت العين فان كانت زيادة ٢٧٢
متصلة رجع فيها مع الزيادة وان كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة لانه فسخ ملك واختلف فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب فصل وان جاء من يدعيها ووصفها فغلب على ظنه انها له جاز ان يدفع ولا يلزمه الدفع لانه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة فان دفع اليه بالوصف ثم جاء غيره واقام البينة انها له قضي بالبينة لانها حجة توجب الدفع ويقدم على الوصف فان كانت باقية ردت على صاحب البينة وان كانت تالفة فله ان يضمن الملتقط لانه دفع ماله بغير حق وله ان يضمن الآخذ لانه اخذ ماله بغير حق فان ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط لانه ان كان مستحقا عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع وان كان مظلوما لم يجز ان يرجع على غير من ظلمه وان ضمن الملتقط نظرت فان كان قد اقر للآخذ بالملك بان قال هي لك لم يرجع عليه لانه اعترف انه اخذ ماله وان صاحب البينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه وان لم يقر له ولكنه قال يغلب على ظني انها لك فله الرجوع لانه لم يكن منه وقد تلف في يده فاستقر الضمان عليه فصل وان وجد ضالة لم يخل اما ان تكون في برية او بلد فان كان في برية نظرت فان كان مما يمتنع على صغار السباع لقوته كالابل والبقر والخيل والبغال والحمير او ببعد اثره لسرعته كالظباء والارانب او بجناحه كالحمام والدراج لم يجز التقاطه للتملك لما روى زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فغضب واحمرت عيناه فقال ما لك ولها معها الحذاء والسقاء تاكل الشجر وترد الماء حتى ياتيها ربها وسئل عن ضالة الغنم فقال خذها هي لك او لاخيك او للذئب وهل يجوز اخذها للحفظ نظرت فان كان الواجد هو السلطان جاز لان للسلطان ولاية في حفظ اموال المسلمين ولهذا روي انه كان لعمر رضي الله عنه حظيرة يجمع فيها الضوال

٢٧٤
ان كان له حمى تركها في الحمى واستعمل عليها ووسمها بسمة الضوال لتتميز عن غيرها من الاموال وان لم يكن له حمى فان كان يطمع في مجيء صاحبها بان يعرف انها من نعم قوم يعرفهم حفظها اليومين والثلاثة وان لم يعرف او عرف ولم يجئ صاحبها باعها وحفظ ثمنها لانه اذا حفظها احتاج الى علفها وفي ذلك اضرار وان كان الواجد غير السلطان ففيه وجهان احدهما يجوز لانه ياخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان والثاني لا يجوز لانه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان فان اخذها للتملك او للحفظ وقلنا انه لا يجوز ضمنها لانه تعدى باخذها فضمنها كالغاصب وان دفعها الى السلطان ففيه وجهان احدهما انه لا يبرأ من الضمان لانه لا ولاية للسلطان على رشيد والثاني يبرأ وهو المذهب لان للسلطان ولاية على الغائب في حفظ ما يخاف عليه من ماله ولهذا لو وجدها السلطان جاز له اخذها للحفظ على مالكها فاذا اخذها غيره وسلمها اليه برئ من الضمان وان كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الابل والبقر اخذها لحديث زيد بن خالد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في ضالة الغنم خذها هي لك او لاخيك او للذئب ولانه اذا تركها اخذها غيره او اكلها الذئب فكان اخذها احوط لصاحبها واذا اخذها فهو بالخيار بين ان يمسكها ويتطوع بالانفاق عليها ويعرفها حولا ثم يملكها وبين ان يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن وبين ان ياكلها ويغرم بدلها ويعرفها لانه اذا لم يفعل ذلك احتاج الى نفقة دائمة وفي ذلك اضرار بصاحبها والامساك اولى من البيع والاكل لانه يحفظ العين على صاحبها ويجري فيها على سنن الالتقاط في التعريف والتملك والبيع اولى من الاكل لانه اذا اكل استباحها قبل الحول واذا باع لم يملك الثمن الا بعد الحول فكان البيع اشبه باحكام اللقطة فان اراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه لانه موضع ضرورة وان قدر على الحاكم ففيه وجهان احدهما لا يبيع الا باذنه لان للحاكم ولاية ولا ولاية للملتقط والثاني يبيع من غير اذنه لانه قام مقام المالك في الحفظ فقام مقامه في البيع وان اكل فهل يلزمه ان يعزل البدل مدة التعريف فيه وجهان احدهما لا يلزمه لان كل حالة جاز له الاكل لم يلزمه عزل البدل كما بعد الحول ولانه اذا لم يعزل كان البدل قرضا في ذمته واذا عزله كان امانة والقرض احوط من الامانة والثاني يلزمه عزل البدل لانه اشبه باحكام اللقطة فان من حكم

هو المذهب وحكي عن التعليق والجمع معتمد

اللقطه ان تكون امانة قبل الحول فيصير البدل كاللقطة ان شا حفظها له وان شا عرفها و
تملك وان افلس الملتقط كان صاحبها احق بها من سائر الغرما وان وجد ذلك في بلد فقد روى
المزني ان الصغار والكبار في البلد لقطة ومن اصحابنا من قال المذهب ما رواه المزني لان النبي صلى الله عليه وسلم
انما فرق بين الصغار والكبار في البرية لان الكبار لا يخاف عليها لانها ترد الماء وترعى الشجر وتحفظ نفسها
والصغار يخاف عليها لانها لا ترد الماء ولا ترعى الشجر فتهلك واما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها
فكان الجميع لقطة ومن اصحابنا من قال فيه قولان احدهما ان البلد كالبرية فالصغار فيه لقطة والكبار ليست
بلقطة لعموم الخبر فان قلنا البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه الا في الاكل فله ان ياكل
الصغار في البرية وليس له ان ياكلها في البلد لان في البرية اذا لم ياكل الصغار هلكت لانه لا يمكن بيعها
في البلد يمكن بيعها فلم يجز الاكل وان قلنا ان الجميع في البلد لقطة فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار
في البرية الا في الاكل فانه لا ياكل في البلد وياكل الصغار في البرية لما ذكرناه **فصل** وان وجد عبدا
صغيرا لا تمييز له جاز ان يلتقطه لانه كالغنم يعرفه حولا ثم يتملكه وان وجد جارية صغيرة لا تمييز
لها فان كان ممن لا يحل له وطؤها جاز ان يلتقطها للتملك كما يجوز ان يقترضها وان كان ممن يحل له وطؤها لم
يجز ان يلتقطها للتملك كما لا يجوز ان يقترضها **فصل** وان وجد كلب صيد لم يجز ان ينتفع به قبل
الحول فان عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له ان ينتفع به لان الانتفاع بالكلب كالتصرف في المال
والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول فكذلك الانتفاع بالكلب **فصل** وان وجد ما
لا يبقى كالشواء والطبيخ والخبز والبطيخ فهو بالخيار بين ان ياكله ويغرم البدل وبين ان يبيعه ويحفظ
الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعه وحفظ ثمنه واكله وغرم بدله وخرج المزني فيه قولا آخر انه
يلزمه البيع ولا يجوز الاكل والمذهب الاول لانه معرض للهلاك فتخير فيه بين البيع والاكل كالغنم
وان وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل الى حفظه كالرطب والعنب فان كان الانفع لصاحبه ان
يباع بيع وان كان الانفع ان يجفف جفف وان احتاج الى مؤنة في تجفيفه ولم يوجد من يتطوع بيع
بعضه وانفق عليه **فصل** وان وجد خمرا اراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها لان اراقتها
مستحقة فلم يجب التعريف فان صار عنده خلا ففيها وجهان احدهما انها لمن اراقها لانها عادت
الى الملك السابق والملك السابق للذي اراق فعاد اليه كما لو غصبه من رجل خمرا فصار في يده

... حتى يكون تعريفه للفصل على الخلاف المتقدم حاشية

اراد اذا وجد الغنم في الصحرا وجاز له اكله في البلد من حيث انه يخشى عليه الفساد قبل البيع ... في الغنم في البلد فانه يمكن بيعه ولا يخاف عليه الفساد حاشية

لانه اختار الثاني في البحر وقال هو عندي اصح ه وهذا اذا احل له هذا الفعل لغرض صحيح واما اذا حرم عليه جمع الخمر فيده لا تثبت عليها ولا
يملك بذلك قاله في البحر معتمد

خمرا والثاني انه للملتقط لان الاول اسقط حقه منها فصار في يد الثاني من غير انتقال من احد
ويخالف المغصوبة لانها اخذت بغير رضاه فوجب ردها اليه **فصل** فاما اذا وجد العبد
لقطة ففيه قولان احدهما له ان يلتقط لانه كسب بفعل فجاز للعبد كالاصطياد والثاني لا يجوز
لان الالتقاط يقتضي ولاية قبل الحول وضمانا بعد الحول والعبد ليس من اهل الولاية ولا له ذمة
يستوفى فيها الحق الى ان يعتق ويوسر فان قلنا انه يجوز ان يلتقط فالتقط فهلك في يده من غير
تفريط لم يضمن وان هلك بتفريط ضمنها في رقبته فباع فيها وان عرفها صح تعريفه ولا يملك به
لانه في احد القولين لا يملك المال وفي الثاني يملك اذا ملكه السيد وههنا لم يملكه السيد
فان قلنا ان الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل في ملك السيد كما لو احتطب
في ملكه ما التقطه وعرفه وان قلنا لا يملك الا باختيار التملك وقف على اختياره فان تملكها
العبد وتصرف فيها ففيه وجهان احدهما يضمنها في ذمته ويتبع بها اذا عتق كما لو اقترض شيئا والثاني
يضمنها في رقبته لانه مال لزمه بغير رضا من له الحق فتعلق برقبته كارش الجناية فان علم السيد
نظرت فان لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولا ثم تملك وان عرفها العبد تملكها السيد في
الحال لان تعريف العبد كتعريفه فان عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقي ثم يتملك
وان تركها في يد العبد نظرت فان كان العبد امينا لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه
الى عبده وان كان خائنا ضمنها كما لو التقطها وسلمها اليه وهو خائن وان قلنا لا يجوز ان
يلتقط فالتقط ضمنها في رقبته لانه اخذ مال غيره بغير حق فاشبه اذا غصبه وان عرفها
لم يصح تعريفه لانها ليست في يده بحكم اللقطة فان علم السيد نظرت فان اخذها صارت في
يده امانة لانه اخذ ما يجوز له اخذه بحكم الالتقاط فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها
ويبرأ العبد من الضمان لانه دفعها الى من يجوز الدفع اليه فبرئ من الضمان كما لو دفعها الى الحاكم
وان اراد ان يتملك ابتدأ التعريف ثم تملك وان اقرها في يد العبد ليعرفها فان كان امينا لم
يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه وان لم ياخذها ولا اقرها في يده ولكنه
اهملها فقد روى المزني انه يضمنها في رقبة العبد وروى الربيع انه يضمنها في ذمته ورقبته
العبد فمن اصحابنا من قال الصحيح ما رواه المزني انه يختص برقبته لان الذي اخذه هو العبد

واختلفوا في موضع القولين فقيل موضعهما اذا التقط لنفسه فاما اذا التقط لسيده فيجوز قولا واحدا والى هذا مال القاضي ابو الطيب وصاحب نثر وقيل بل موضعهما
اذا التقط لسيده اما اذا ... التقط لنفسه فلا يجوز قولا واحدا حكاه في العزيز عن القاضي ابي القاسم بن كج معتمد

فاختص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان وقال ابو اسحق الصحيح ما
رواه الربيع وانه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد لان العبد تعدى بالاخذ والسيد تعدى
بالترك فاشتركا في الضمان فعلى هذا ان تلف العبد لم يسقط الضمان وان التقط العبد لقطة ولم يعلم
السيد بها حتى اعتقه فعلى القولين ان قلنا انه يجوز للعبد ان يلتقط كان للسيد ان ياخذها
منه لانه كسب له حصل في حال الرق فكان للسيد كسائر اكسابه فان قلنا
لا يجوز له ان يلتقط لم يكن للسيد ان ياخذها منه لانه لم تثبت للعبد عليه يد الالتقاط فعلى
هذا يكون العبد احق بها لانها في يده وهو من اهل الالتقاط ويحتمل ان لا يكون احق بها
لان يده يد ضمان فلا تصير يده يد امانة **فصل** وان وجد المكاتب لقطة فالمنصوص
انه كالحر واختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال انه كالحر قولا واحدا لانه يملك التصرف في
المال وله ذمة تستوفى منها الحقوق فهو كالحر ومنهم من قال هو كالعبد لانه ناقص بالرق كالعبد
فيكون في التقاطه قولان فان قلنا انه كالحر او قلنا انه كالعبد وجوزنا التقاطه صح
تعريفه فاذا عرفها ملكها لانه من اهل الملك وان قلنا انه كالعبد ولم نجوز التقاطه
صار ضامنا لانه تعدى بالاخذ ويجب ان يسلمها الى السلطان لانه لا يمكن اقرارها
في يده لانها في يده بغير حق ولا يمكن تسليمها الى السيد لانه لا حق له في اكسابه فوجب
تسليمها الى السلطان فان اخذها السلطان برئ المكاتب من الضمان وتكون في يد السلطان
ابدا الى ان يجد صاحبها **فصل** وان وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد
فالمنصوص انه كالحر فمن اصحابنا من قال هو كالحر قولا واحدا لانه يملك ملكا تاما وله
ذمة صحيحة فهو كالحر ومنهم من قال هو كالعبد القن لما فيه من نقص الرق فيكون
على قولين فاذا قلنا انه كالحر نظرت فان لم تكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شريكين
فيها كسائر الاكساب وان كان بينهما مهايأة فان قلنا ان الكسب النادر لا يدخل في المهايأة كانت
اللقطة بينهما لانه بمنزلة ما لو لم تكن بينهما مهايأة وان قلنا ان الكسب النادر يدخل
في المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه **فصل** وان وجد المحجور عليه لسفه او جنون
او صغر لقطة صح التقاطه لانه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد وعلى الناظر

في يومه والا فهي مشتركة بينهما

٢٧٧

137

في امرها ان ينتزعها منه ويعرفها لان اللقطة في مدة التعريف امانة والمحجور عليه ليس
من اهل الامانة فان كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له وان كان ممن لا يجوز الاقتراض
عليه لم يتملك له لان التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل **فصل**
وان وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لانه لا يؤمن ان لا يؤدي الامانة فيها فان التقطها ففيه
قولان احدهما لا تقر في يده وهو الصحيح لان الملتقط في الحول كالولي في حق الصغير والفاسق
ليس من اهل الولاية في المال والثاني تقر في يده لانه كسب بفعل فاقر في يده كالصيد
فعلى هذا ينضم اليه من يشرف عليه وهل يجوز ان ينفرد بالتعريف فيه قولان احدهما يجوز لان
التعريف لا يفتقر الى الامانة والثاني لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لانه لا يؤمن
ان يفرط في التعريف فاذا عرفه ملكه لانه من اهل التملك **فصل** وان التقط
الكافر لقطة في دار الاسلام ففيه وجهان احدهما يملك بالتعريف لانه كسب بالفعل
فاستوى فيه المسلم والكافر كالصيد والثاني لا يملك لان تصرفه في الحفظ والتعريف
بالولاية والكافر لا ولاية له على المسلم والله اعلم وبالله التوفيق

٢٧٨ 137

وصلى الله على سيدنا محمد النبي الامي وآله وصحبه وسلم تسليما

تم الجزء الثاني والعشرون يتلوه الجزء الثالث والعشرون في الربع الثالث اوله كتاب اللقيط
وكان الفراغ من نساخته يوم السبت لاثنين وعشرين ليلة خلت من شهر ربيع الاول الذي
هو من شهور سنة احدى وسبعمائة من الهجرة النبوية على صاحبها السلام
غفر الله لمالكه ولكاتبه ولقاريه وللناظر فيه ولجميع المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات
انه قريب مجيب الدعوات آمين
بوقه مجربة اللهم اله جبريل وميكائيل واسرافيل وعزرائيل وابراهيم
اسحق ويعقوب اولنا عافيتك ولا تسلط علينا احدا من خلقك فانه لا طاقة لنا الا بك ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم
الى اخر السورة ماخوذه من كتاب الفقيه الصالح ... موسى ... رحمه الله تعالى

سلام على اخلاقك الغر ما ذر شارق وما انهل ودق او اقام عسيب ٥ ولا طرقت نادتك امر مرهوب ولا زلت شعبا لذيك شعوب ٥

البر فعل المامور شرعا والتقوى ترك المحظور ورعا والاثم ترك المامور والعدوان فعل المحظور وقال صلى الله عليه وسلم البر
والاثم ما حاك في صدرك وكرهت ان يطلع عليه الناس وقال السدي البر الايمان والتقوى السنة والاثم الكفر والعدوان البدعة
كله لفظ غير المعاني ٥ اسماء حبل السباق منظومة ٥ مصل وتال بعد سلوه بارع ومرتاح اما المجلي فاول وبعد حظي عاطف
مؤملها بعد اللطيم وفسكل ٥ المؤمل بكسر الميم والحظي بفتح اللام وكسر الطاء والفسكل بالسين المهملة وهي الذي يجي في الحلبة اخرا
والعامة يقولون بالشين المعجمة والسكيت بتخفيف الكاف وهو العاشر وقد يقال بتشديد الكاف ايضا والاول افصح من تسنعر
اذا قلنا في الغصب ياخذ المغصوب منه الطعام المبتل وارش ما نقص وكلما انقص اخذ ارشه فان تلف قبل تناهي النقصان فهل يرجع عليه بارش ما ٢٧٩
سقط من النقصان وجهان في الحاوي بناء على من قلع سن صغير لم يثغر فانتظر عود سنه فمات قبل العود فهل تجب الدية قولان ٥ قال
الحاوي فلو ساقاه على نخل عشر سنين على ان له ثمرة سنة منها لم يجز سواء عين السنة او لم يعينها لانه ان لم يعينها كانت مجهولة وان عينها
وجد شرط جميع الثمرة فيها ولو جعل له نصف الثمرة في سنة من السنين العشر فان لم يعينها بطلت المساقاة للجهل بها وان عينها نظر وان كانت
غير السنة الاخيرة بطلت المساقاة لانه قد شرط عليه بعد حقه من الثمرة عملا لا يستحق عليه عوضا وان كانت السنة الاخيرة ففي صحة
المساقاة وجهان احدهما انها صحيحة كما يصح ان يعمل في جميع السنة وان كانت الثمرة في بعضها والوجه الثاني انها باطلة لانه يعمل فيها
مدة بثمرة فيها ولا يستحق شيئا من ثمرها وبهذا المعنى خالف السنة الواحدة من الحاوي ٥ مسئلة قال في وقف اذا اندرس شرط الواقف
وتعذر العثور عليه قال الشيخ ابو محمد يقول هذا كوقف لا مصرف له اذا صححناه وهو ان يقول وقفت واقتصر وحكي عن القفال ان اصح الوجوه
في الوقف المطلق ان يحمل على الجهة العامة وقال الامام والوجه الوقف الى ان يصطلحوا فانا نستبعد ان يستحق الا المعينون فلا بد من
ملاحظتهم خلاف الوقف المطلق من فرق لعطاه ٥ مسئلة اذا وجد الرجل قرنا مانعا منعه من استيفاء الجماع بعد ان غيب اكثر
الذكر وتذهب البكارة فهل يثبت له الفسخ فان ثبت فهل يلزمه المهر لانه قد وطيها وطا تاما الجواب والله اعلم انه لا فسخ ويلزمه المهر
بنظير ذلك ما لو جب بعض ذكره وبقي منه ما يمكن الجماع به فانه لا فسخ لها وان كان استيفاء الجماع قد تعذر ٥ قاله الفقيه الصالح احمد